



El Litigio Estratégico por la Defensa del Ambiente y de los Pueblos Indígenas

- La experiencia del Instituto IDLADS PERÚ-



Monitor ambiental registrando pasivo ambiental en la cuenca. Foto: Feconaco.

Con el Apoyo de:



EQUIPO LEGAL DE IDLADS PERÚ



Henry Oleff Carhuatocto Sandoval, Lilyan Magaly Delgadillo Hinostroza, Daniela Doménica Villena Delgado, Carla Virginia Rodríguez Lázaro, Karín Madeleine Paredes Jauler, Manuel Sandoval Heredia, Yhohana Carhuatocto Sandoval & Ronald Vásquez Sánchez



Con el Apoyo de:



Tenemos un sueño: **¿Qué pasaría si todos los que deberíamos velar por el respeto de los derechos ambientales e indígenas hiciéramos lo que nos toca, para hacerlos efectivos?** Te imaginas un mundo así. Nosotros sí. Piensa como lo transformaríamos, y para persuadirte te presentamos este libro que compila nuestros esfuerzos en ese sentido, y que demuestra que juntos sí podemos.

Equipo Legal IDLADS PERÚ

El Litigio Estratégico por la defensa del Ambiente y de los Pueblos Indígenas

- La experiencia del Instituto IDLADS PERÚ-

ÍNDICE.....	4
INTRODUCCIÓN.....	8
PREÁMBULO.....	11
 CAPÍTULO I - EN DEFENSA DEL AMBIENTE.....	15
1.1. DERECHOS CONSTITUCIONALES EN MATERIA AMBIENTAL.....	15
1.2. PROCESO DE CUMPLIMIENTO EN MATERIA AMBIENTAL.....	16
1.3. EL DESARROLLO SOSTENIBLE Y LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL.....	19
1.4. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL.....	22
1.5. EL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.....	24
1.5.1. ANTECEDENTES.....	24
1.5.2. SISTEMA NACIONAL DE IMPACTO AMBIENTAL EN EL PERÚ.....	27
1.5.3. LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.....	44
1.5.4. LITIGIO ESTRATÉGICO PARA HACER FUNCIONAR EL SEIA.....	48
1.5.5. LA ACCIÓN JUDICIAL QUE LE RECORDÓ AL MINISTERIO DEL AMBIENTE SU CALIDAD DE ENTE RECTOR DEL SEIA.....	53
1.5.5.1. ANTECEDENTES DEL MINISTERIO DEL AMBIENTE EN LA REGION SUDAMERICANA.....	53
1.5.5.2. MINISTERIO DEL AMBIENTE COMO ENTE RECTOR DEL SEIA.....	55
1.5.5.3. FUNCIONES GENERALES DEL MINISTERIO DEL AMBIENTE.....	61
1.5.6. EL PROCESO DEL CUMPLIMIENTO CONTRA EL MINISTERIO DEL AMBIENTE PARA HACER CUMPLIR EL SEIA.....	67
1.5.7. MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS (MINEM) ADECUATE AL REGLAMENTO DE LA LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.....	69
1.5.8. MINISTERIO DE AGRICULTURA (MINAGRI) ADECUATE AL REGLAMENTO DE LA LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.....	71
1.5.9. MINISTERIO DE VIVIENDA, SANEAMIENTO Y CONSTRUCCIÓN ADECUATE AL REGLAMENTO DE LA LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.....	71
1.5.10. MINISTERIO DE TRANSPORTE Y COMUNICACIONES (MTC) ADECUATE AL REGLAMENTO DE LA LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.....	73
1.5.11. MINISTERIO DE TURISMO Y COMERCIO EXTERIOR (MINCETUR) ADECUATE AL REGLAMENTO DE LA LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.....	74

1.5.12. MINISTERIO DE PRODUCCIÓN (PRODUCE) ADECUATE AL REGLAMENTO DE LA LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.....	75
1.6. EL SERVICIO NACIONAL DE CERTIFICACION AMBIENTAL PARA LAS INVERSIONES SOSTENIBLES.....	76
1.6.1. FUNCIONES DEL SENACE.....	76
1.6.2. ORGANIZACIÓN DEL SENACE.....	77
1.7. EL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.....	78
1.7.1. EL INFORME TÉCNICO POR DELITOS ECOLÓGICOS DEL ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL (OEFA).....	81
1.7.2. LA IMPLEMENTACIÓN DEL INVENTARIO DE PASIVOS HIDROCARBUROS.....	86
1.7.2.1. TRANSFERENCIA DE FUNCIONES DE SUPERVISIÓN, EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN EN MATERIA DE HIDROCARBUROS DE OSINERGMIN A OEFA, Y LA IDENTIFICACIÓN DE PASIVOS DE HIDROCARBUROS.....	89
1.7.2.2. EL ROF DEL OEFA Y LA IDENTIFICACIÓN DE PASIVOS AMBIENTALES DE HIDROCARBUROS.....	92
1.7.3. EL INFORME DE FISCALIZACIÓN PREVIA DEL OSINERGMIN EN ACTIVIDADES DE DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE HIDROCARBUROS.....	95
1.8. EL SISTEMA NACIONAL DE INFORMACIÓN AMBIENTAL.....	102
1.8.1. EL PROCESO DE HABEAS DATA EN MATERIA AMBIENTAL.....	102
1.8.2. EL DERECHO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN EN MATERIA AMBIENTAL.....	105
1.8.3. EL CASO DEL ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL DE LA HIDROELÉCTRICA DE INAMBARI.....	107
1.8.4. EL CASO DEL INFORME DE CONGA DEL MINAM.....	109
1.8.5. EL CASO DE LA REVISIÓN ALEATORIA DE LOS ESTUDIOS DE IMPACTO AMBIENTAL.....	110
1.8.6. EL ETIQUETADO DE LOS PRODUCTOS TRANSGÉNICOS.....	113
1.8.6.1. DERECHO DE INFORMACIÓN DEL CONSUMIDOR.....	113
1.8.6.2. LOS PRODUCTOS TRANSGÉNICOS.....	114
1.8.6.3. EL ETIQUETADO DE PRODUCTOS TRANSGÉNICOS.....	115
1.9. MEDIDAS PROMOTORES DE LA INVERSION PRIVADA APROBADAS POR EL GOBIERNO DEBILITAN LA INSTITUCIONALIDAD ESTATAL Y SU ROL TUITIVO.....	119
1.9.1. EL DECRETO SUPREMO Nº 054-2013-PCM: DESPROTEGIENDO AL PATRIMONIO CULTURAL MEDIANTE EL SILENCIO POSITIVO.....	119
1.9.2. EL DECRETO SUPREMO Nº 060-2013-PCM: DESPROTEGIENDO AL AMBIENTE MEDIANTE LA REDUCCIÓN DE PLAZOS PARA APROBAR EL EIA	121
CAPÍTULO II - EN DEFENSA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.....	125
2.1. LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL PERÚ.....	125
2.2. RESEÑA HISTÓRICA DE LA TRATADOS RATIFICADOS POR EL PERÚ SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS.....	130
2.3. LOS DERECHOS INDÍGENAS EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA.....	132

2.4. LA INSTITUCIONALIDAD INDÍGENA EN EL PERÚ.....	134
2.4.1. LAS AUTORIDADES INDIGENAS ESTATALES A PRINCIPIOS DEL SIGLO XXI: CONAPA, INDEPA Y EL VICEMINISTERIO DE INTERCULTURALIDAD.....	134
2.5. LA DESAPARICIÓN DE INDEPA SIN CONSULTA PREVIA.....	136
2.5.1. LA RESTITUCIÓN DEL INDEPA MEDIANTE ACCIÓN JUDICIAL.....	139
2.6. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ EN EL SECTOR DE ENERGÍA Y MINAS EN EL PERIODO DE 1995 AL 2011.....	142
2.6.1. EL DERECHO DE CONSULTA PREVIA.....	142
2.6.2. LA ADECUACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN EL SECTOR DE ENERGÍA Y MINAS EN EL PERIODO DE 1995 AL 2011.....	144
2.7. SOMETIMIENTO A LA CONSULTA PREVIA DE LA RESOLUCIÓN MINISTERIAL NO 350-2012-MEM/DM.....	151
2.8. PROTEGIENDO A LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO Y CONTACTO INICIAL.....	153
2.8.1. POBLACIONES EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO.....	156
2.8.2. EN BUSQUEDA DE LA PROTECCIÓN DE LAS POBLACIONES INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO Y CONTACTO INICIAL QUE HABITAN LA RESERVA TERRITORIAL INDÍGENA KUGAPAKORI, NAHUA, NANTI, Y OTROS.....	160
2.9. LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS RESERVAS TERRITORIALES INDÍGENAS.....	164
2.9.1. ACCIONES LEGALES PARA ACCEDER A INFORMACIÓN SOBRE EL RESGUARDO Y PROTECCIÓN DE DERECHOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO.....	166
2.9.2. LAS DOS ACCIONES DE AMPARO EN DEFENSA DE PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO - EL CASO DE KUGAPAKORI, NAHUA, NANTI Y LA AMPLIACIÓN DEL PROYECTO CAMISEA LOTE 88.....	169
2.9.3. DEMANDA DE ACCIÓN DE AMPARO PARA EL PAGO POR COMPENSACIÓN DE USO DE TIERRAS INDIGENAS EN EL AMBITO DE LOS LOTES 1AB Y 8X.....	172
2.9.4. ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO PARA QUE SE APRUEBE LA GUÍA PARA LA ELABORACIÓN DE ESTUDIOS DE EVALUACIÓN DE RIESGOS A LA SALUD Y AL AMBIENTE DISPUESTO EN EL D.S. 002-2013 - MINAM, A FAVOR DE LAS CUATRO CUENCAS DE LA REGIÓN DE LORETO.....	173
 CAPÍTULO III - EL LITIGIO ESTRATÉGICO Y LA CONTAMINACIÓN SONORA GENERADA POR LAS ACTIVIDADES DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL JORGE CHÁVEZ.....	 175
3.1. EL DERECHO AERONÁUTICO.....	175
3.1.1. CONCEPTO.....	175
3.1.2. CARACTERÍSTICAS.....	176
3.2. EL DERECHO DE PROTECCIÓN DEL CIUDADANO FRENTE A LA CONTAMINACIÓN SONORA PRODUCIDA POR EL SOBREVUELO DE AVIONES.....	177
3.2.1. LA ESTRUCTURA Y JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS A PROTECCIÓN.....	177
3.2.2. DERECHOS DE ORGANIZACIÓN Y PROCEDIMIENTO EN SALVAGUARDA DEL DERECHO A UN AMBIENTE SANO Y EQUILIBRADO.....	178

3.3. ANTECEDENTES DEL CASO DE CONTAMINACIÓN SONORA POR EL SOBREVUELO DE AVIONES EN LAS CIUDADES.....	179
3.3.1. IMPACTOS NEGATIVOS DE LA ACTIVIDAD AERONÁUTICA.....	179
3.4. PRESUPUESTO PARA REALIZAR LITIGIO ESTRATEGICO: LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y LA INVESTIGACIÓN.....	189
3.5. EL ACCESO A INFORMACIÓN PÚBLICA Y EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA.....	187
3.5.1. DERECHO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.....	187
3.6. LAS ACCIONES DE CONTROL COMO INSTRUMENTO DE INCIDENCIA.....	188
3.6.1. CONCEPTO DE CONTRALORÍA.....	188
3.6.2. ACCIÓN DE CONTROL.....	188
3.7. LA DENUNCIA PENAL COMO MECANISMO PARA RECABAR PRUEBAS E INFORMACIÓN RELEVANTE.....	191
3.8. LA ACCIÓN DE AMPARO COMO MEDIO PARA ACTUALIZAR LOS ESTUDIOS DE IMPACTO AMBIENTAL Y LOS LÍMITES MÁXIMOS PERMISIBLES.....	192
3.9. LAS REPERCUSIONES DEL CASO DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL JORGE CHÁVEZ EN EL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.....	195
 CAPÍTULO IV - PROPUESTAS DE ACCIONES LEGALES DE IDLADS PARA EL 2015.....	 197
 4.1. PROPUESTA DE ACCIÓN DE AMPARO PARA TITULAR TERRITORIOS INDIGENAS EN LAS CUATRO CUENCAS DE LORETO	 197
4.2. LA PROPUESTA DE IDLADS PARA FINANCIAR EL ESTUDIO TÉCNICO INDEPENDIENTE PARA DISEÑAR UN PLAN DE REMEDIACIÓN INTEGRAL DE LOS LOTES 1AB Y 8 EN EL AMBITO DE LAS CUATRO CUENCAS DE LA REGIÓN DE LORETO.....	198
4.3. PROPUESTA DE ACCIÓN DE AMPARO POR OMISIÓN DE CONSULTA PREVIA EN EL LOTE 108.....	199
4.4. PROPUESTA DE ACCIÓN DE AMPARO PARA SALVAGUARDAR LA INTEGRIDAD PAISAJISTICA MARINO COSTERA DE LA COSTA VERDE EN LIMA.....	200
 • MEMORIA FOTOGRAFICA DE LITIGIO ESTRATEGICO - EQUIPOS LEGALES DE IDLADS.....	 204
• DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS DE IDLADS-PERÚ.....	206
• LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS PARA LA PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN EN MATERIA AMBIENTAL DE LA LEY No 30 230 “LEY QUE ESTABLECE MEDIDAS TRIBUTARIAS, SIMPLIFICACIÓN DE PROCEDIMIENTOS, PERMISOS PARA LA PROMOCIÓN Y DINAMIZACIÓN DE LA INVERSIÓN DEL PAÍS”	208
• LA ESTRATEGIA JUDICIAL DE PLUSPETROL PARA DESCONOCER SUS OBLIGACIONES SOCIOAMBIENTALES Y EL FIN DE LA FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.....	236
• EL LITIGIO ESTRATÉGICO EN EL PROCESO DE DESALOJO DE LOS INVASORES DEL SANTUARIO HISTÓRICO BOSQUE POMAC.....	240
• LA ACCIÓN POPULAR QUE OBLIGA AL ESTADO A PROTEGER SU PATRIMONIO CULTURAL.....	251

INTRODUCCIÓN

En los últimos veinte (20) años de gestión ambiental en el Perú, ha quedado demostrado que existe no sólo un alto grado de incumplimiento de las normas más elementales de evaluación de impacto ambiental e instrumentos de gestión ambiental, sino además que ello ha sido causa directa de la afectación de derechos constitucionales como el derecho a un ambiente sano y equilibrado, derecho a la salud, derecho a la identidad étnica y cultural, derecho al territorio ancestral, derecho a la autodeterminación, derecho al acceso a la información pública ambiental, derecho a la intimidad, derecho a la paz y tranquilidad, entre otros. Ciertamente, estas circunstancias adversas e injustas han dado lugar a los principales conflictos socio ambientales que han aquejado a nuestro país, tendiendo los actores sociales a buscar soluciones en el ámbito político social, mediante el ejercicio del derecho a la protesta, y la búsqueda del dialogo político con altas autoridades involucradas en el tema, camino legítimo por el que han transitado organizaciones indígenas y grupos locales cuando ven afectados sus derechos constitucionales como se pudo apreciar en los Proyectos Mineros de Tía María, Conga, Cañaris o el tristemente célebre Caso de las Cuatro Cuencas de Loreto, sin embargo no siempre con los resultados esperados, y no pocas veces, con un alto costo social.

En ese contexto social surge este libro, que busca determinar cómo desde el propio ordenamiento jurídico, o si se quiere desde el propio sistema jurídico, utilizando el proceso judicial como instrumento para implementar políticas públicas y efectivizar derechos humanos, y con ello, podemos articular esfuerzos para dar solución a fallos estructurales del Sistema, en asuntos tales como la Evaluación de Impacto Ambiental, la Fiscalización Ambiental, el Acceso a la Información Ambiental o el cumplimiento del derecho a la consulta previa, que son claves en la resolución de conflictos socio ambientales presentes y futuros, y para el desarrollo de la propia democracia. Entonces, el presente texto pretende absolver las siguientes interrogantes: ¿Cómo se puede utilizar al proceso constitucional como instrumento para implementar el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, Sistema Nacional de Fiscalización Ambiental, y Sistema Nacional de Información Ambiental en el marco de un Estado Constitucional y Democrático? ¿Cómo se puede manejar al proceso constitucional como instrumento para implementar y efectivizar el derecho a la consulta previa y otros derechos indígenas? ¿Cómo podemos proteger a poblaciones indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial mediante un proceso constitucional? ¿Cómo podemos garantizar mediante un proceso constitucional una institucionalidad ambiental e indígena fuerte, objetiva e independiente en resguardo de derechos ambientales e indígenas? ¿O Como apoyar mediante un proceso constitucional a entidades fiscalizadoras claves para la protección del ambiente como el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) para que no sea convertido en convidado de piedra?

En otras palabras, antes de buscar la demolición de un sistema jurídico ambiental con gruesos fallos injusto e ineficiente, nos concentramos en encontrar sus válvulas de escape, e instrumentos propios del mismo, que lo transformen desde sus entrañas, sin desconocer per se el sistema jurídico vigente sino modificándolo con sus propias reglas. Ahora bien, ello no debe mellar la posibilidad del ejercicio del derecho de protesta, la incidencia política, o la presentación de

iniciativas legislativas, y otras estrategias para superar deficiencias de un ordenamiento jurídico válidas.

Advirtamos, así que el presente texto se centrará en lo que nos toca a los abogados, esto es cómo desde la justicia constitucional ambiental podemos perfeccionar la estructura del Estado para proteger derechos ambientales e indígenas, especialmente cuando “en todos los procesos constitucionales subyace siempre la defensa del orden público constitucional” (STC N° 005-2005-CC). Dicho ello, debemos recordar que esto implicará muchas veces, no necesariamente buscar cambios estructurales sino el mero cumplimiento de normas ambientales o indígenas, lo que a su vez mejorará el desempeño de la gestión ambiental en sus distintos niveles, y la percepción de justicia y equidad que brinda la administración pública. En buena cuenta, la justicia ambiental constituye el cumplimiento de normas que protegen los derechos constitucionales ambientales e indígenas, y que garantizan la vitalidad de un auténtico Estado Constitucional y Democrático, así más allá de la Constitución formal, queremos efectivizar una Constitución real que controle el poder social y político desmedido y arbitrario en una sociedad moderna, y garantice la justicia constitucional en sus múltiples variantes, en nuestro caso, la ambiental e indígena. En buena cuenta esto es de lo que tratan los dos primeros capítulos del libro, al mostrar casos emblemáticos donde estas ideas han sido llevadas a la práctica con relativo éxito.

También el propósito de este texto es revelar cómo el litigio estratégico aplicado a los derechos humanos, en materia ambiental e indígena, puede darnos excelentes resultados en la búsqueda de implementar políticas públicas, derechos humanos y garantizar la existencia de un Estado Constitucional y Democrático, que implica explotar al máximo los instrumentos legales que nos proporciona el sistema legal para superar las propias deficiencias del sistema, otra vez, jugar con las reglas establecidas, pero buscando resultados distintos a los que de ordinario se espera de su utilización. Me explico, encontrar que un proceso penal no estará encaminado a la inexorable condena de un contaminador ambiental, sino a recabar pruebas, o que un proceso constitucional no está dirigido a obtener un pronunciamiento favorable sobre un caso individual, sino un pronunciamiento que se transforme en precedente vinculante, y beneficie a una colectividad, en una especie de efecto dominó. Incluso la declaración de improcedencia de una demanda, no significará una derrota, si se consiguió que un máximo tribunal se pronuncie y reflexione sobre un tema de fondo, y siente su posición en los considerandos del fallo, para que luego con los conceptos vertidos en el mismo, con los cuales pueda iniciarse nuevas expansiones de derechos ambientales e indígenas, con el camino más limpio, y una ventaja: existe ya certeza y claridad sobre conceptos fundamentales.

En otras palabras, queremos mostrar cómo no siempre que se pierde un caso judicial, sino todo lo contrario, y con ironía lo diremos, “cuando se pierde, también se gana”, si el proceso era parte de una estrategia mayor bien articulada, que buscaba un objetivo distinto como por ejemplo generar jurisprudencia doctrinal, esto es el desarrollo de conceptos fundamentales en un Estado Constitucional que viabilice la concreción de un derecho constitucional. En otros casos, habrá sido un instrumento para recabar medios probatorios u obtener la posición del sector demandado que de otra forma hubieran sido imposible de obtener, y en otros contextos, también servirá de plataforma para catapultar propuestas legales para el mejoramiento del ordenamiento jurídico, mostrando en carne viva la injusticia a través de una resolución judicial legal, pero reñida con la justicia y la Constitución, y ese es justamente el asunto de la última parte del libro, relatar nuestra

experiencia legal sobre el caso de la contaminación sonora generada por la actividad aeroportuaria del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, y procurar hacer docencia al respecto.

Ciertamente, nosotros entendemos por proceso constitucional, siguiendo al profesor argentino Néstor Sagüés, a aquel encargado de velar –en forma inmediata y directa- por el respeto del principio de supremacía constitucional o por la salvaguarda de los derechos constitucionales, y cuyo conocimiento puede corresponder a un Tribunal Constitucional o al Poder Judicial.¹ En ese contexto, el propósito de este libro, es tomar conciencia sobre ¿Qué nos estamos jugando en los procesos constitucionales a cargo de IDLADS? Y la respuesta es en el fondo el perfeccionamiento del Ordenamiento Jurídico Constitucional Ambiental e Indígena, y de paso, llamar la atención a la ciudadanía y la comunidad jurídica para que se conviertan en los mejores vigilantes de que la resolución de estos procesos constitucionales sea con justicia y sin presiones políticas, y los jueces puedan ejercer con independencia y objetividad sus labores de administradores de justicia. Nunca debemos olvidar, por muy fuerte y punzante que sean los poderes facticos, que vivimos en un Estado Constitucional Democrático, y por lo tanto debemos hacer respetar el cumplimiento de la Constitución, los Tratados, las leyes, y los derechos constitucionales de todos los peruanos, sin discriminación, superando el mero desarrollo económico y el ciego cumplimiento de la legalidad, que no puede estar reñido con el desarrollo sostenible y la naturaleza plurinacional y pluriétnica de nuestro país.

Lima, 07 de febrero de 2015

¹ PEYRANO, Jorge. La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente, génesis y evolución. Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2002, p. 94.

PREÁMBULO

LITIGIO ESTRATÉGICO COMO MECANISMO DE IMPLEMENTACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS



Antes de iniciar nuestro recorrido por los múltiples casos que el Instituto IDLADS Perú ha venido conduciendo, debemos mostrarles nuestra concepción sobre Litigio Estratégico entendido como la utilización del Proceso Judicial como herramienta de incidencia en Políticas Públicas, efectivización de derechos, cumplimiento de leyes, y reglamentación de las mismas. Así entonces, el litigio Estratégico lo concebimos como un recurso fundamental para Implementar programas que permitan expandir los Derechos Humanos e incidir en políticas públicas. Así, la intervención del Poder Judicial se concreta a través del control de la implementación de Políticas públicas diseñadas por el Estado dentro de su marco de discrecionalidad. El Poder Judicial se transforma así en garante de la ejecución de estas medidas administrativas y las políticas públicas.²

Advirtamos que el presente libro, narra como los conceptos y dogmas más emblemáticos del Derecho Ambiental y los derechos de los pueblos indígenas se pueden hacer realidad a través de litigio judicial al permitir con su aplicación develar y exponer patrones de conductas ilegales u omisivas de entidades públicas o privadas. En el fondo, el litigio estratégico es utilizado como una forma en que el Poder Judicial, interpela al Poder Ejecutivo para efectos de que cumpla con Políticas Públicas fundamentales en el desarrollo de una sociedad justa y democrática. Sin duda

² Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Litigio Estratégico y Derechos Humanos: Lucha por el Poder. Siglo Veintiuno editores, Lima, 2008, p. 66.

por ello, los procesos judiciales en defensa de Derechos Humanos, permiten mejorar los estándares de protección de los Derechos de los ciudadanos y poblaciones vulnerables, fortaleciendo en el proceso a nuestra democracia.

La elección de nuestros casos, expuestos en el presente libro, se basa así en el interés social y colectivo de querer mejorar los estándares de cumplimiento de derechos ambientales e indígenas y también en mostrar como se puede exigir a nuestras autoridades que asuman sus competencias e implementen políticas públicas sectoriales, que contribuirán a un verdadero desarrollo sostenible y evitarán futuros conflictos socioambientales. En ese propósito, nos han sido sumamente útiles las acciones de habeas data, cumplimiento, amparo y denuncias penales, como herramientas de incidencia que producirá cambios sociales y de desempeño de la administración pública. Es verdad que el litigio estratégico en manos de activistas de Derechos Humanos se puede convertir en un recurso determinante para la acción política sin embargo, nuestra institución, en última instancia busca la consolidación de Instituciones claves en el desarrollo sostenible del país a través de una lucha sin cuartel en los tribunales por los derechos ambientales e indígenas.

Con acierto, CEAS bien señala que el litigio estratégico, no solo fija límites al abuso de poder, sino que puede, en ciertos contextos, generar programas de acciones positivas, para la resolución de problemas estructurales por parte del Estado.³ Hay que ser conscientes de que no se trata de “ganar” casos sino de efectivizar derechos fundamentales y conseguir la implementación de Políticas públicas claves para el desarrollo de una sociedad peruana plural, moderna y democrática. Es un hecho que el acatamiento de las acciones judiciales por parte de las autoridades administrativas e instituciones políticas es un aspecto relevante en la evaluación del resultado real de los procesos constitucionales utilizados en una acción de litigio estratégico. Ciertamente, este libro también dará testimonio de los obstáculos más importantes en la implementación real de los Derechos Humanos en los campos de pueblos indígenas y ambiente, sin embargo creemos que más que cerrarse puertas, conseguiremos sembrar ideas para la lucha por el derecho ambiental e indígena, y abrir nuevos caminos hacia una sociedad más justa y digna así como invitaremos a otros a continuar la tarea de utilizar litigio estratégico como una forma de participación ciudadana responsable y, por que no, como un mecanismo de rendición de cuenta de nuestras autoridades políticas.

También es importante recordar que para realizar litigio estratégico se requiere de información confiable y oportuna sobre el verdadero estado de implementación de Políticas Públicas y Derechos Humanos. En ese sentido, el acceso de datos o la producción de información públicas se torna indispensable para el control previo de las políticas que serán adoptadas. El derecho a la Información constituye una herramienta imprescindible para hacer efectivo el control ciudadano de las políticas públicas, al tiempo que contribuye a la vigilancia, por parte del propio Estado, del grado de efectividad de esas políticas y su eventual afectación de derechos de los ciudadanos. La información permite también tomar conciencia y activar procesos de toma de decisión y controlar la legalidad de las medidas que ya han sido adoptadas, impugnarlas y reclamar ajustes de acuerdo a la realidad social siempre palpitante y cambiante.⁴

³ Ibídem, p. 20

⁴ Cfr, Ibídem, p. 52

No debemos olvidar la articulación que necesariamente existe entre la acción social, la acción política y la adopción de una determinada estrategia legal, que permita plasmar en la realidad derechos sociales, indígenas y ambientales en medio de reclamos o conflictos sociales que evidencian su falta de protección e implementación en la realidad social. No nos queda duda que debe haber una articulación entre lo político y lo jurídico de modo que la solución del caso legal, contribuya a transformar las deficiencias institucionales, las políticas del Estado o los problemas sociales que han originado el reclamo.⁵

Por experiencia, podemos concluir que las estrategias legales que obtienen mejores resultados en distintas etapas del litigio, son aquellas que acompañan un proceso de movilización y activismo público de los protagonistas que subyacen y sostienen el proceso⁶. Como se ha podido apreciar en los casos de conflictos sociales, indígenas y ambientales cuando las acciones judiciales se insertan en contextos de movilización, es la organización, como titular del conflicto, la que conduce el proceso. La estrategia legal es, en estos casos, una herramienta más para vehicular el reclamo. De esta manera la fortaleza de la organización, incide en la estrategia judicial e impone límites a la posibilidad de apropiación del conflicto por quienes resultan ajenos al grupo.⁷

Adviértase que el litigio estratégico puede servir como mecanismo para abrir nuevas vías de participación ciudadana al provocar un debate público o ampliar los ya existentes, opacando tendencias preexistentes al mismo, y generando nuevas corrientes de opinión. Ciertamente, en un sistema institucional muy pocos triunfos judiciales y políticos son definitivos, en una realidad tan cambiante y turbadora propia de una sociedad líquida y vertiginosa, pero sin duda, ayudan en el camino al reconocimiento de derechos fundamentales e implementación de políticas públicas. En ese sentido, un litigio Estratégico responsable implica procurar una verdadera protección de derechos humanos analizando diseños judiciales precedentes y su impacto en términos sociales y políticos.⁸

Concluamos que, cuando nos referimos a políticas públicas, no solamente estamos aludiendo a programas diseñados y gestionados desde el Poder Ejecutivo, sino también a leyes, reglamentos, decretos, prácticas institucionales y todas aquellas decisiones y medidas estatales que pueden tener impacto sobre la vigencia de derechos humanos y que, por ende, susceptibles de ser controladas por el Poder Judicial. Así, la garantía y efectividad de los derechos reconocidos a través de políticas públicas depende de actividades de planificación, previsión presupuestaria e implementación que por naturaleza corresponden a los poderes políticos, siendo limitados los casos en los que la justicia puede suplir la inactividad de aquellos⁹. Todo ello nos lleva a reflexionar de que manera los tribunales pueden controlar y coadyuvar en la implementación de políticas públicas elaboradas por el Poder Ejecutivo. En otras palabras, como el Poder Judicial, estaría actuando para hacer efectivas decisiones asumidas por el Poder Ejecutivo en el marco de reclamos, negociaciones o acuerdos previos entre autoridades públicas y distintos sectores sociales.¹⁰

⁵ Ibídem, p. 26

⁶ Ibídem, p. 26

⁷ Ibídem, p. 27

⁸ Ibídem, p. 30

⁹ Ibídem, p. 49 - 50

¹⁰ Ibídem, p. 50

En fin, el litigio estratégico, no hace más que permitir que los tribunales puedan ordenar a las autoridades públicas que subsanen vacíos legales, corrijan actuaciones arbitrarias y abusivas, e implementen políticas públicas dirigidas a llevar a la realidad social concretamente derechos sociales, económicos, ambientales o indígenas, y de esta manera controlen que el Poder Ejecutivo cumpla con la efectivización de normas y reglamentos fundamentales en un Estado constitucional multiétnico y democrático como apreciaremos en los casos desarrollados en el presente libro.¹¹

Equipo IDLADS PERÚ

¹¹ Cfr. *Ibidem*

CAPÍTULO I EN DEFENSA DEL AMBIENTE

1.1. DERECHOS CONSTITUCIONALES EN MATERIA AMBIENTAL

Los derechos constitucionales en materia ambiental y de pueblos indígenas son derechos cuya consolidación es de reciente data en nuestras Constituciones a sino recordemos que recién en la Constitución de 1920, se reconocen a las Comunidades Indígenas, y el derecho a un ambiente sano y equilibrado, recién aparece en la Constitución de 1979, y vuelve aparecer tímidamente en la Constitución de 1993. Adviértase que estos derechos constitucionales son: a) garantía de una esfera de libertad del hombre y cauce para la participación social y política. En ese sentido, son inalienables, imprescriptibles, inembargables, irrenunciables e intransmisibles; así como que b) son límite del poder político. Representan el intento de cristalización jurídica de la afirmación de que el hombre trasciende al Estado, que no se agota en él ni en la sociedad, aunque necesite de ambos para su desarrollo.¹²

Advirtamos que todos los derechos subjetivos tienen límites a su ejercicio, los derechos fundamentales también. Desde el momento en que un derecho se define por el Derecho Positivo, y se delimita en una norma, se encuentra con dos tipos de límites; unos intrínsecos, que derivan del propio sentido o función que tiene en sí mismo el referido derecho, y otros extrínsecos, que derivan de la sociedad y de los demás sujetos de derecho que en ella coexisten.¹³

La limitación de un derecho fundamental será un concepto distinto del límite de un derecho fundamental. Como dice el profesor *Morelli* “[...] el límite se refiere sea al derecho en sí, sea a la posición en abstracto de la esfera de acción de un sujeto; la limitación, por su parte, se refiere a la restricción, o sea, a la disminución de esta esfera del sujeto [...]”¹⁴ En ese sentido, el orden público es un límite al ejercicio de todos los derechos y por tanto al ejercicio de los derechos fundamentales. Consiste en la limitación de un derecho por razones de tranquilidad, seguridad o salubridad pública.¹⁵

Existen grados o niveles de esta intervención administrativa que hace más o menos favorable el ejercicio de los derechos fundamentales:¹⁶

Así habrá que distinguir:

- a) **Régimen de autorización previa.**- Así si se dan determinadas condiciones objetivas, el control del juez es más fácil. Si el motivo de la negativa no existe o no es de los taxativamente enumerados, se puede anular la decisión administrativa. También está el puramente discrecional o de oportunidad, el control del juez es más difícil aunque no imposible, porque la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad.

¹² *Ibidem*, p. 109-110.

¹³ *Ibidem*, p. 110-111.

¹⁴ MORELLI, Guillermo. La sospensione dei diritti fondamentali nello stato moderno. Giuffrè, Milán, 1966, p. 157 (traducción del autor, del original italiano).

¹⁵ PECES BARBA, Gregorio. Derechos Fundamentales. Tercera Edición, Editorial Latina Universitaria, Lima, 1980, p. 115.

¹⁶ *Ibidem*, p. 128-129.

b) Régimen de comunicación previa.- En ese caso la Administración recibirá la información del ejercicio de un derecho fundamental *a priori*, pero o será necesaria su aceptación para la actuación del titular. Este sistema de comunicación previa es asimismo perfectamente compatible con un desarrollo normal de los derechos fundamentales en una sociedad democrática y por supuesto no excluye el control *a posteriori* o represivo.

1.2. PROCESO DE CUMPLIMIENTO EN MATERIA AMBIENTAL

Los procesos constitucionales son fundamentales en la vigencia de un Estado Constitucional Pluriétnico y Democrático pues aseguran el respeto de las garantías mínimas que deben tener un ciudadano para poder ejercer sus derechos constitucionales frente al propio Estado como frente a particulares. En ese contexto resulta particularmente importante su aplicación en la defensa de intereses colectivos y difusos como en los casos de defensa del patrimonio cultural y los pueblos indígenas. Es por esta razón que nuestro instituto aprovechando las bondades de esta garantía constitucional ha aplicado el mismo en la implementación del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental y el cumplimiento del derecho a la consulta previa como el presente libro dará testimonio.

Dicho lo anterior, resulta prioritario revisar los conceptos básicos de la Acción de Cumplimiento que es definida como aquella “destinada a brindar al particular la oportunidad de exigir de las autoridades la realización del deber omitido, a través de una facultad radicada en cabeza de todos los individuos, que les permite procurar la verdadera vigencia y verificación de las leyes y actos administrativos, acatándose de esta forma uno de los más eficaces principios del Estado de Derecho, como es el de que el mandato de la ley o lo ordenado en un acto administrativo no puede dejarse a un simple deseo y tenga en cambio concreción en la realidad”.¹⁷

Es precisamente la renuencia u omisión de los funcionarios públicos en cumplir dispositivos legales, ya sean normas, actos administrativos o reglamentos lo que origina la vulneración del derecho de petición del ciudadano, derecho consagrado en el artículo 2° inciso 20 de la Constitución Política.¹⁸

En el ordenamiento jurídico peruano, el proceso de cumplimiento aparece por primera vez con la Constitución de 1993 y no registra antecedentes en las constituciones anteriores.¹⁹ Asimismo, la doctrina ha esquematizado el objeto del citado proceso estableciendo que por su intermedio puede perseguirse:

- a. El cumplimiento de una norma legal;
- b. La ejecución de un acto administrativo;
- c. El pronunciamiento sobre la emisión de una resolución administrativa; o
- d. La expedición de un reglamento.²⁰

En el proceso de cumplimiento no solo se examina: a) si el funcionario o autoridad pública ha omitido cumplir una actuación administrativa debida que es exigida por un mandato contenido en

¹⁷ GÓMEZ SÁNCHEZ TORREALVA Francisco A. Proceso de Cumplimiento. Primera Edición, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2008, p. 15.

¹⁸ *Ibidem*, p. 15 - 16.

¹⁹ SAR SUAREZ, Omar. Aspectos sustantivos y procesales de la acción de cumplimiento. Tomo 56, Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 18.

²⁰ Al respecto puede verse GÓMEZ SÁNCHEZ TORREALVA, Francisco. Proceso de Cumplimiento. Editorial Grijley, Lima, 2008, p. 25.

una ley o en un acto administrativo; sino, además, b) si este funcionario o autoridad pública ha omitido realizar un acto jurídico debido, ya sea que se trate de la expedición de resoluciones administrativas o del dictado de reglamentos, de manera conjunta o unilateral (Cf. STC Exp. N° 02002-2006-PC/TC, f. j. 21). Esto es así porque el proceso de cumplimiento, como todos los procesos constitucionales, ostenta una naturaleza objetiva, en tanto mecanismo de protección de principios y valores que informan todo el ordenamiento jurídico, y una naturaleza subjetiva, en tanto es un medio de tutela para la afectación de derechos fundamentales.²¹

El Tribunal Constitucional en sus sentencias, tales como las emitidas en los Exps. N° 00654-2003-AC/TC²², N° 04845-2004-AC/TC²³ y N° 03632-2005-PC/TC²⁴. Asimismo, en la STC Exp. N° 453-2005-PC/TC²⁵, el órgano colegiado invoca el criterio establecido en la STC Exp. N° 00191-2003-AC/TC, para precisar que un proceso de cumplimiento se requiere de un **mandamus** con determinadas características.²⁶ Las mismas que se encuentran precisadas con claridad en la STC Exp. N° 00168-2005-PC/TC, donde este órgano sostiene que los requisitos mínimos que debe reunir el mandato contenido en una norma legal para que sea exigible a través del presente proceso constitucional son:²⁷

- a) **Ser vigente.-** se entiende que las leyes y actos administrativos son vigentes, en tanto “no han sido declaradas nulas ni derogadas”²⁸. Sin embargo, el TC ha asumido una visión *aformalista* de este requisito, al señalar que importa menos el mantenimiento formal de la ley o acto administrativo, que la persistencia material de mandato que resulta exigible.²⁹;
- b) **Ser cierto y claro;** es decir, debe inferirse indubitadamente de la norma legal o del acto administrativo.- el mandato es cierto y claro cuando “no solo existe como tal, sino que es directo o evidente, no admitiendo otra interpretación que no sea la postulada desde su propio contenido textual” (STC Exp. N° 02695-2006-PC/TC, f. j. 8.)³⁰;
- c) **No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares.-** ha explicado el Tribunal, “resulta necesario para el operador jurídico, a efectos de otorgar el beneficio al recurrente, la referencia a normas legales superpuestas que remiten a otras, y estas a su vez a otras, lo cual implica una actividad interpretativa compleja que, en rigor debe llevarse a cabo a través de las vías procedimentales específicas” (STC Exp. N° 01923-2007-PC/TC, f. j. 8.)³¹;
- d) **Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento.-** un mandato será de esta característica, ha dicho el Tribunal, cuando “la norma que lo reconoce no establece excepciones a su contenido o alcances. Se trata, en suma, y como ha sido señalado, de una obligación

²¹ SAR SUAREZ, Omar. Aspectos sustantivos y procesales de la acción de cumplimiento. Tomo 56, Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 19.

²² Sentencia emitida con fecha 10 de mayo de 2004 y publicada con fecha 18 de mayo de 2004, f. j. 2.

²³ Sentencia emitida con fecha 17 de febrero de 2005 y publicada con fecha 15 de julio de 2005, f. j. 5.

²⁴ Sentencia emitida con fecha 29 de agosto de 2006 y publicada con fecha 13 de noviembre de 2006, f. j. 6.

²⁵ Sentencia emitida con fecha 3 de marzo de 2005 y publicada con fecha 9 de agosto de 2006.

²⁶ ONOFRE ENERO, Katherine. Los requisitos del proceso de cumplimiento. Tomo 56, Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 27.

²⁷ SAR SUAREZ, Omar. Aspectos sustantivos y procesales de la acción de cumplimiento. Tomo 56, Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 20.

²⁸ STC Exp. N° 03954-2007-PC/TC, f. j. 8, entre otros.

²⁹ ROJAS BERNAL, José Miguel. Características que debe contener el mandamus en el proceso de cumplimiento. Tomo 56, Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 45.

³⁰ Ibídem, p. 46.

³¹ Ibídem, p. 47.

imperativa que el Estado corresponde cumplir, sin otro referente que el de un plazo” (STC Exp. N° 02695-2006-PC/TC, f. j. 10.)³², y

- e) **Ser incondicional o con condición, pero que no sea compleja ni requiera actuación probatoria.**- un mandato, en principio, será condicionado, si la propia ley supedita su cumplimiento a un evento determinado.³³

A fin de distinguir la diversidad de comportamientos materialmente omisivos de la administración pública, presentamos la siguiente tipología:³⁴

TIPOLOGÍA DE LA INACTIVIDAD MATERIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Clasificación		Descripción
1. Por los alcances de su incumplimiento	1.1. Omisión total	Presupone una pluralidad de obligaciones impuestas por una norma legal o acto administrativo, respecto de las cuales ninguna es debidamente cumplida.
	1.2. Omisión parcial	Suponen el cumplimiento de algunas de las obligaciones que le han sido impuestas, pero que no alcanzan la totalidad.
2. Por la naturaleza del mandato que se impone	2.1. Omisiones de obligatorio cumplimiento	En ocasiones la Ley o acto administrativo, al establecer tareas a los órganos de la Administración, deja al funcionario un margen de libertad en la concretización de lo previsto.
	2.2. Omisiones de actos debidos al ejercicio de potestades discrecionales	Constituido por aquella inacción en la que la Ley o acto administrativo impone un deber de actuar cierto.
3. Por la condicionalidad del mandato	3.1. Omisiones derivadas de un mandato condicional	Se producen cuando las obligaciones impuestas a la Administración no se tornan exigibles en tanto no se cumplan algunos supuestos de hecho o de derecho que la propia norma o acto administrativo exigen.
	3.2. Omisiones derivadas de un mandato formulado incondicionalmente	Tal omisión es posible de observarse tras la carencia de actuación administrativa exigida directa y predeterminadamente por la ley o acto administrativo.
4. En función de la complejidad de instrumentalización de la actuación administrativa	4.1. Omisiones derivadas de mandatos de instrumentalización compleja.	Una carencia de actuación administrativa bien puede no deberse a razones meramente arbitrarias, sino a obstáculos materiales de la Administración en su implementación (infraestructura, etc.).
	4.2. Omisiones derivadas de mandatos de instrumentalización simple.	Es la inactividad material de actuación administrativa frente a un deber legal o administrativo exigido que, no obstante requerir simples actos, no son efectuados.
5. Por la conservación de la inactividad administrativa	5.1. Inactividad administrativa subsistente	Son omisiones subsistentes, en tanto que mantienen en vigencia, por un lado, el incumplimiento de lo exigido y, de otro, la norma a acto de donde se derive el mandato.
	5.2. Inactividad administrativa insubsistente	Supone que la obligación de cumplir con lo dispuesto en la ley o acto administrativo ha desaparecido, ya sea, por haberse realizado la prestación o el mismo ha sido derogado o cesado en su vigencia.

³² Ibídem, p. 48.

³³ Ibídem, p. 50.

³⁴ GARCÍA MERINO, Fabiola. Características del mandamus en el proceso de cumplimiento. Tomo 56, Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 38-41.

6. Según la evidencia de la lesión	6.1. Arbitrariedad manifiesta de la inactividad administrativa	Es consecuencia de un mandato concreto, claro o evidente, cuyo desconocimiento u omisión aparezca como inequívoco y sin justificación alguna.
	6.2. Inactividad administrativa no manifiesta	Es cuando la determinación de lo exigido no aparezca en forma indubitable de la ley o acto administrativo o bien porque se requiera de un mínimo debate probatorio.

Fuente: Elaborado por Estefanía Calvo Zúñiga, basado en **GARCÍA MERINO**, Fabiola. Características del mandamus en el proceso de cumplimiento. Tomo 56, Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 38- 41.

Estos conceptos son sumamente valiosos para identificar las omisiones de funciones y actuaciones administrativas de parte de autoridades ambientales e indígenas que sencillamente hacen caso omiso a normatividad ambiental con pretextos repetitivos como no se cuenta con presupuesto, o que aún falta coordinar con el resto de sectores, o simplemente guardando silencio sobre la implementación de políticas públicas o el desarrollo de funciones tales como el establecimiento de un registro único de consultoras ambientales, la transferencia de potestad sancionadora, adecuación a reglamentos de protección ambiental, estándares y límites máximos permisibles en sectores sensibles como minería e hidrocarburos, que año tras año se vienen postergando su aprobación o implementación por falta de una real voluntad política.

1.3. EL DESARROLLO SOSTENIBLE Y LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL

El desarrollo sostenible es un concepto de larga data que apareció en los primeros debates sobre el tema a principios de 1970, en documentos que hacían ver la degradación ambiental que empezaba a afectar al planeta, y en los que se analizaban los inexplicables nexos existentes entre medio ambiente y desarrollo.³⁵ El concepto toma en cuenta los factores sociales, los ecológicos así como los económicos, sobre la base de los recursos vivos y no vivos, y tomando en cuenta las ventajas y desventajas de las acciones alternativas en el largo y corto plazo.”³⁶ Así el desarrollo sostenible: “es el proceso que compatibiliza la satisfacción de las necesidades, opciones y capacidades de las generaciones presentes y futuras, garantizando la equidad social, preservando la integridad ecológica y cultural del planeta, distribuyendo igualitariamente costos y beneficios, incorporando costos ambientales a la economía y ampliando la participación de la base social, mediante el uso de políticas económicas, sociales y ambientales y el concurso de los distintos actores de la sociedad.”³⁷ Por otra parte se entiende por sustentabilidad a la capacidad de una sociedad, ecosistema, o cualquier sistema en existencia, para seguir funcionando hacia el futuro indefinido sin ser forzado a declinar debido al agotamiento [...] de recursos claves.³⁸ Ciertamente, los criterios de sostenibilidad ambiental están conectados con aspectos relativos al almacenamiento de recursos naturales y a la calidad del ambiente.³⁹

De esta manera la aplicación del concepto de desarrollo sostenible permitirá el manejo de los recursos naturales en aquellas actividades seleccionadas debería promover la conservación de

³⁵ GALARZA, Elsa; GÓMEZ, Rosario y GONZALES, Luis Ángel. Ruta hacia el desarrollo sostenible del Perú. Primera Edición, Universidad del Pacífico – Centro de Investigación, Lima, 2002, p. 11.

³⁶ Dialogo OCDE/CAD entre donantes y países en vía de desarrollo sobre estrategias de desarrollo sostenible, Revisión de situación de las estrategias de desarrollo sostenible en Bolivia. Informe al Taller Internacional de la OCDE/CAD. Santa Cruz de la Sierra, del 12 al 16 de febrero de 2001. Cfr. www.nssd.net/Country/bolivia/estado.pdf.

³⁷ GALARZA, Elsa, GÓMEZ, Rosario y GONZALES, Luis Ángel. Ruta hacia el desarrollo sostenible del Perú. Primera Edición, Universidad del Pacífico – Centro de Investigación, Lima, 2002, p. 12.

³⁸ Ibídem, p. 13.

³⁹ Ibídem, p. 43.

los mismos y su uso racional de manera que se garantice su permanencia en el tiempo. Así en el caso del sector industrial pesquero es un claro ejemplo de los efectos adversos de la sobreexplotación, que en la década de 1970 ocasiono el colapso de la industria y que tardo diez años en recuperarse.⁴⁰

Advirtamos los efectos perversos de la paradoja de la abundancia en países en desarrollo como el nuestro donde las riquezas fáciles llevan a la proliferación de ciertos valores no muy recomendables para promover nuestro desarrollo, como la indolencia, mientras que la escasez de recursos despertaría el ingenio, el ahorro, la industriosisdad y la responsabilidad de los gobiernos y los empresarios.⁴¹ lamentablemente, estamos acostumbrados a la actividad exportadora que genera enormes rentas ricardianas, aquellas que se derivan de la riqueza de la naturaleza, más que propiamente (o solo) del esfuerzo empresarial, lo que conduce a *sobre ganancias que distorsionan la asignación de recursos en el país*⁴², y termina por aniquilar el desarrollo sostenible en su dimensión social, generando conflictos sociales que determinan el quehacer político del país como el famoso caso del Proyecto Conga, Tía María y Majes Siguan II.

Otro aspecto fundamental es que la explotación de recursos naturales no renovables está sujeta a *rendimientos decrecientes*, cuando lo que debería interesar a nuestros países es desarrollar actividades económicas sujetas a *rendimientos crecientes a escala*, de alto contenido tecnológico⁴³ que nos lleve a una era postextractivista o industrializada manumitiéndonos de la esclavitud de la exportación de materias primas sin valor agregado. Recordemos que en la práctica, los Estados que basan en ricos recursos naturales su desarrollo terminar manteniendo el *status quo* vigente que impide la modernización, desalienta el gasto en educación y los esfuerzos de especialización productiva e incluso mayores niveles de urbanización⁴⁴, aunque parezca difícil de creer, la realidad de bonanza macroeconómica no se refleja en un bienestar microeconómico ni da de comer a los estratos más pobres que frente a la necesidad terminan practicando actividades escasamente sustentables. Así, a la larga, es casi inevitablemente, que la exportación de materias primas no renovables tienda a desarrollar el subdesarrollo en nuestro país.⁴⁵

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO AMBIENTAL

Principio	Breve concepto
1. Principio de obtención de un nivel de protección ambiental elevado	Toda nueva evolución basada en hechos científicos, habrá necesariamente de traducirse en una protección extendida de la naturaleza y de sus componentes o elementos básicos.
2. Principio de desarrollo sostenible	Este principio se configura como uno de los más importantes objetivos de todo Estado de Derecho.

⁴⁰ Ibídem, p. 44.

⁴¹ SCHULDT, Jürgen. ¿Somos pobres porque somos ricos? – Recursos naturales, tecnología y globalización. Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2005, p. 21.

⁴² Ibídem, p. 22.

⁴³ Ibídem, p. 24.

⁴⁴ Ibídem, p. 27.

⁴⁵ Ibídem, p. 28.

3. Principio de cautela y acción preventiva	Por medio de este principio se pretende evitar la generación de contaminaciones o molestias para la sociedad en su conjunto.
4. Principio de corrección en la fuente de atentados al medio ambiente, eliminándolos o disminuyéndolos	Este principio va dirigido a quienes han arbitrado estrategias preventivas y, pese a ello, no han podido eludir una concreta situación de contaminación.
5. Principio del contaminador pagador	Se atribuyen los costos de la prevención y la eventual corrección de las agresiones ambientales al auto directo o indirecto de las mismas.
6. Principio de integración de la protección del medio ambiente	Con las demás políticas sectoriales, a través, del mecanismo de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA).
7. Principio de subsidiariedad	En la medida que los problemas puedan abordarse mejor en el plano comunitario. Integrando los niveles nacional, regional y local.
8. Principio de prevalencia de la salud de las personas, utilización racional y prudente de los recursos naturales	

Fuente: elaborado por Estefanía Calvo Zúñiga, basado en **JUNCEDA**, Javier, Derecho Ambiental en el Amazonas – un reto para Sudamérica, Primera Edición, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2010, p. 67-69.

Advirtamos que los procesos judiciales ambientales, en los que se examinan los principios y reglas del Derecho Ambiental gozan de singularidad por los siguientes motivos: ⁴⁶

- I. Porque, sobre su mismo trasfondo, late habitualmente, y con toda intensidad, la meritada tensión del desarrollo social económico cualitativo, al versar sobre asuntos e intereses social como se observa con claridad en los conflictos sociales derivados de la explotación minera o hidrocarburíferas en nuestro país.
- II. Porque, además, muchas de las cuestiones a debatir en estas litis nacen del ejercicio discrecional de las administraciones públicas, a la hora de configurar la realidad en la que ejercen sus potestades, otorgando o denegando licencias o autorizaciones por motivaciones ambientales o productivistas, respetando o enrumbando mandatos ambientales o no ambientales.
- III. Porque, en fin, los intereses ambientales se acostumbran a presentar como difusos o colectivos, lo que entrañaría una paralela dificultad en su defensa.

Las leyes procesales, así, suelen legitimar a las corporaciones, asociaciones, sindicatos, grupos y entidades que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de derechos e intereses colectivos. ⁴⁷

⁴⁶ Cfr, JUNCEDA, Javier. Derecho Ambiental en el Amazonas – un reto para Sudamérica. Primera Edición, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2010, p. 77.

⁴⁷ Ibídem, p. 78.

1.4. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL

La visualización de la problemática ambiental no se puede entender sino se hace un repaso de la evolución del Derecho Ambiental, que podemos decir cuenta con tres enfoques distintos que se inician en diferentes partes de nuestra historia. Así la primera ola surge en los primeros informes del Club de Roma cuando se inicia la toma en consideración de los problemas de crecimiento que acechan a la tierra. Que sustento con sus trabajos el desarrollo de la Cumbre de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano de 1972 y que se constituyo en la partida de nacimiento formal del Derecho Ambiental que irrumpía ante la emergencia ambiental.⁴⁸ Empero no debemos olvidar que ya 1969 Estados Unidos había adoptado una Política Nacional del Ambiente que incluye la exigencia de una evaluación de impacto ambiental que es propiamente el buque insignia del por entonces naciente Derecho Ambiental.⁴⁹ Sin duda el influjo de la conferencia de 1972 se observa en nuestra constitución de 1979 que consagra por primera vez el derecho a un ambiente sano y equilibrado.

Un segundo momento se puede encontrar en la suscripción de una serie de tratados internacionales tras largos debates cuyo punto de quiebre lo constituye la Cumbre sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas de 1992 cuyo influjo se vería reflejado en nuestro país en el Código de Recursos Naturales y Medio Ambiente del mismo año, así aparecen además otros instrumento fundamentales en el desarrollo de la conciencia ambiental en el derecho internacional como la Declaración de Río de 1992 que consagra todos los principios del derecho ambiental, y los no menos importantes Convenios sobre Diversidad Biológica y el Convenio sobre el Marco de Cambio Climático, acompañados de la emblemática Agenda XXI.⁵⁰

Una tercera ola en el Derecho Ambiental nace del interés de la comunidad internacional para hacer frente a los desafíos ambientales que podemos visualizar en el Quinta Programa de Acción sobre el Medio Ambiente de la Unión Europea (1992/2000) que nos advierte que no podemos esperar y no podemos equivocarnos, lamentablemente como señala Real Ferrer hemos esperado y nos hemos equivocado demasiado, pero nosotros pensamos que nunca es tarde para corregir nuestros errores. Así vendría luego la famosa Conferencia sobre desarrollo sostenible celebrada en Johannesburgo del 2002 al que le seguirían una serie de tratados para proteger el ambiente desde la comunidad internacional.

Hay que decir que la técnica del Derecho Ambiental también ha ido evolucionando, así tenemos una primera fase de carácter represiva en donde lo más importante era proteger el ambiente desde el derecho tradicional razón por la cual el asunto se resumió en la represión, en la retribución negativa de determinadas conductas infractoras, en sencillo en prohibir y castigar las contravenciones. Estamos en el momento de las prohibiciones de talar, pescar, cazar, quemar y cuanto se nos ocurra, pero también en el surgimiento de estándares. Hasta cuanto se puede contaminar, de qué manera, con qué requisitos. De esta forma nace la responsabilidad administrativa ambiental, la responsabilidad penal ambiental, a las que les siguen la responsabilidad civil ambiental.⁵¹

⁴⁸ Cfr. REAL FERRER, Gabriel. La construcción del Derecho Ambiental. En: Revista Aranzandi de Derecho Ambiental, Aranzandi A. Thomsson Company, España, 2002, p. 76.

⁴⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 77.

⁵⁰ Cfr. *Ibidem*.

⁵¹ Cfr. *Ibidem*, p. 80 y 81.

Posteriormente surgiría la fase preventiva que supera los mecanismos represivos entendiendo que la salud y el ambiente le importan poco los castigos que podamos imponerle pues lo relevante es evitar que ocurran los daños por lo que resulta más eficaz enfatizar los efectos preventivos en las decisiones que repercutan sobre el medio ambiente, naciendo así la Evaluación de Impacto Ambiental que se sostiene en los principios de prevención, precautorio y de responsabilidad ambiental.⁵²

Un tercer estrato lo constituye la fase participativa pues empieza a comprender que la tarea de defender y preservar el ambiente no es exclusiva de los poderes públicos, sino también involucra a los ciudadanos, especialmente a los que son afectados directamente por el proyecto de inversión. A partir de ello se desarrolla el principio de corresponsabilidad, la participación ciudadana, la educación ambiental y un derecho clave el acceso a la información ambiental.⁵³ Luego de ello llega la cuarta fase que la constituyen las técnicas de mercado y la internacionalización de costos en donde el análisis económico del derecho permiten la consagración de una mayor responsabilidad social empresarial que da lugar a que las empresas asuman los daños potenciales, efectivos o futuros que podría generar la actividad productiva contaminante trasladando dicho costo al precio del mercado, difuminando el mismo en la colectividad. Otros instrumentos que parten de esta lógica lo constituyen el eco etiquetado, la auditoría ambiental y una mayor información a los consumidores.⁵⁴

La quinta y última fase lo constituyen las técnicas integrales que son la aplicación del principio de gestión ambiental conocido como de la cuna a la tumba, así se abandona el enfoque más limitado, parcial y por tanto, ineficaz, de considerar aisladamente la protección de los distintos elementos ambientales que pueden verse afectados por un proceso unitario, para enfocar la atención, regulando sus distintas variables, en el conjunto de interacciones que tal proceso establece con el medio. Desde la obtención de las materias primas, pasando por los procesos productivos, la vida del producto y, finalmente su último destino.⁵⁵ En ese propósito, instrumentos tales como el ordenamiento territorial y la evaluación ambiental estratégica resultan fundamentales.

En ese contexto, la misión del Instituto IDLADS PERÚ, es la defensa del Estado Constitucional, y los Derechos Fundamentales, especialmente en materia ambiental e indígena, lo que implica ser vigilantes del cumplimiento de los tratados, Constitución, y normas que hacen efectivos nuestros derechos ambientales y los derechos de los pueblos indígenas, así como el estudio de estas normas para verificar si se traducen en protección efectiva o si son meros convidados de piedra, como aquel semáforo que cambia de luz, de rojo a verde, y viceversa, sin que ello modifique en absoluto, el estado de las cosas, ni salve a los conductores del trance desesperante en que se encuentran atrapados, entre motores y bocinas contaminantes, en plena carretera turgurizada y plagada de vehículos.

La efectividad de los derechos humanos implica necesariamente un monitoreo y supervisión constante de los mismos, y una variable que resulta una alerta indudable de su incumplimiento es la aparición de conflictos sociales debido justamente a la falta de concreta de realización, y la

⁵² Cfr. Ibídem, p. 81 y 82.

⁵³ Cfr. Ibídem, p. 82.

⁵⁴ Cfr. Ibídem, p. 82-83.

⁵⁵ Ibídem, p. 83.

percepción de desprotección por parte de los órganos estatales llamados a brindarla. Ciertamente, la sostenibilidad de estrategias que permitan llevar del plano formal al real los derechos tienen una alta dosis de paciencia, persistencia y constancia, especialmente cuando el instrumento utilizado para lograrlo son procedimientos administrativos y procesos judiciales, en otras palabras, no hay remedios ni cosechas rápidas para dar solución a estos incumplimientos.

En el caso Peruano, nos propusimos revelar los fallos del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, el Sistema Nacional de Fiscalización Ambiental, y el Sistema Nacional de Información Ambiental, a través de procesos constitucionales que quedaran como referentes en la búsqueda de perfeccionar las garantías que deben tener el derecho a un ambiente sano y equilibrado, derecho a la salud, derecho a la tranquilidad y paz, derecho al acceso a la información pública ambiental, entre otros como a continuación explicaremos.

1.5. EL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

1.5.1. ANTECEDENTES

Las evaluaciones de impacto ambiental aparecen por primera vez en los Estados Unidos, mediante la Ley Americana National Environmental Policy, Act -NEPA, aprobada en 1969. En ella se exige a todas las instituciones del gobierno federal: (a) un enfoque integrado interdisciplinario para tomar decisiones que pudieran tener impacto en el ambiente humano; (b) desarrollo de métodos y procedimientos que tengan en cuenta los valores ambientales en la toma de decisiones, junto a las consideraciones técnicas y económicas; (c) incluir en cualquier recomendación, propuesta de legislación o acciones que afecten el ambiente humano una declaración del funcionario sobre efectos, impactos y alternativas a la acción propuesta. En Europa el primer país en adoptar la evaluación de impacto ambiental fue Francia, mediante la Ley N° 1976. La principal diferencia con respecto al EIA de Estados Unidos fue que los estudios de impacto ambiental debían ser realizados por el propio interesado y no por una entidad estatal.⁵⁶ Posteriormente la Comisión Europea emitió la Directiva 337/85, de aplicación a todos sus miembros, aplicable para obras de gran envergadura y que puedan causar impactos significativos. Otro significativo avance se dio en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo CNUMAD, Río-1992, cuyo principio 17 se señala: “la evaluación de impacto ambiental como un instrumento nacional debe ser llevada a cabo para actividades propuestas que tengan probabilidad de causar un impacto adverso significativo en el ambiente, y sujetas a una decisión de la autoridad nacional competente.” En los años 90, incorporan en sus legislaciones la Evaluación de Impacto Ambiental una serie de países entre los cuales destacan Perú en 1990, Túnez en 1991, Bulgaria en 1992, Chile en 1994, Nicaragua en 1994, Rumania en 1995, Costa de Marfil en 1996. En actualidad se ha universalizado la necesidad de implementar la Evaluación de Impacto Ambiental previo al inicio de obras u actividades que puedan impactar significativamente en el ambiente.

El impacto ambiental lo podemos definir como una alteración significativa en el ambiente debido a actividades antrópicas vinculadas habitualmente a proyectos económicos o productivos. Estos impactos pueden ser *directos* cuando involucran pérdida parcial o total de un recurso o deterioro de una variable ambiental (contaminar aguas, talar bosques, entre otros). Asimismo también

⁵⁶ En los Estados Unidos, la agencia gubernamental es la encargada de aprobar la Evaluación de Impacto Ambiental.

existen impactos ambientales *indirectos* cuando se generan riesgos sobre el ambiente (erosión antrópica, inundaciones, entre otros).⁵⁷

EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE GESTIÓN AMBIENTAL EN SUDAMERICA

Período	Aspectos de innovación
Antes de 1970	Proyectos eran revisados en base a un análisis técnico- económico. Existía una consideración restringida a las consecuencias ambientales.
Principio y mediados de los años 70	Se introduce la evaluación ambiental (NEPA). En los EEUU. Se establece principios técnicos, lineamientos, procedimientos y participación ciudadana. Se establecen requerimientos. Se diseñan metodologías estándar para análisis de impactos. Varios países implementan el EIA. Mayor requerimiento para la participación social.
Fines de los años 70 y principios de los años 80.	Formalización de lineamientos. Incorporación de la evaluación de impacto en países en desarrollo. Incorporación en la evaluación ambiental estratégica el análisis de riesgos. Mayor énfasis en el modelamiento ecológico, predicción y evaluación. Incorporación de la EIA en varios países en desarrollo. Incorporación de la "información" ciudadana en la EIA (informa a los ciudadanos sobre el proyecto).
Mediados de los años 80 hasta fines de a década	Comunidad Europea establece principios básicos y sistemas de EIA a los Estados miembros. Incorporación de los impactos acumulativos. Desarrollo de mecanismos de seguimiento (monitoreo, Auditoría, gestión de impactos). Agencias internacionales y Bancos de Desarrollo establecen requerimientos de EIA para financ. de proy.
Década de los años 90	Se establecen sistemas de evaluación ambiental estratégica en algunos países. Se incorpora en algunos países como requerimiento la medición en el sistema de EIA. Incremento de uso de tecnologías de información y SIG. Se comienza a utilizar EIA en proyectos o actividades de desarrollo internacional. Rápido crecimiento de capacitación en EIA, creación de redes de apoyo y cooperación de actividades.

Fuente: SADLER, 1996; citado en Análisis de la estructura del sistema EIA chileno. Tesis de Martín A. Colil Lastar, 2003 (p.8)

DIRECTRICES Y TÉCNICAS PARA LA ESTIMACIÓN DE IMPACTOS AMBIENTALES

ATRIBUTO	DEFINICIÓN
<i>Carácter</i>	Determinar el efecto ambiental de un proyecto es negativo o positivo; es decir si es benéfico o perjudicial.
<i>Magnitud</i>	Indica la extensión, gravedad o intensidad del efecto producido (por ejemplo, superficie y número de especies afectadas).
<i>Importancia</i>	Se relaciona con el valor ecológico o socioeconómico que tiene una región en su estado actual.
<i>Tipo de acción</i>	Define la forma como se produce el impacto; es decir, si es directo, indirecto o sinérgico.
<i>Mitigación</i>	Se refiere a las medidas de atenuación aplicables al impacto potencial de un proyecto.

⁵⁷ Cfr. Capítulo 1. Fundamentos de Evaluación de Impacto Ambiental. BID-CED. Chile. 2001.p. 23

<i>Duración y frecuencia</i>	Define el tiempo de acción del impacto; es decir, si el efecto es a corto, mediano o largo plazo, o si es intermitente.
<i>Reversibilidad</i>	Se relaciona con la posibilidad de que un área recupere o no su estado original (antes del impacto) o no; es decir, si el impacto es reversible o irreversible.
<i>Riesgo</i>	Se relaciona con la probabilidad de que ocurra un impacto ambiental grave.
<i>Sinergismo</i>	Se refiere al efecto producido por la combinación o acumulación de dos o más impactos.

Fuente: Santiago, G. A., M. Aguilo y A. Ramos, Directrices y técnicas para la estimación de impactos. Implicaciones ecológicas y paisajísticas de las implantaciones industriales. Criterios para el establecimiento de una normativa. Trabajos de la cátedra de planificación, ETSIM, Madrid, Universidad Politécnica, 1987. Presentado en Fundamentos de Evaluación de Impacto Ambiental, BID-CED Chile, 2001, p. 62.

La Evaluación de Impacto Ambiental es un procedimiento administrativo de advertencia temprana que verifica el cumplimiento de la legislación ambiental. En él se evalúan los impactos negativos y positivos al ambiente de una determinada actividad antrópica, proponiéndose medidas preventivas y compensatorias para ajustarlos a niveles de cambio aceptables. Las Evaluaciones de Impacto Ambiental tienen por finalidad:

- Estimar y predecir los efectos de las actividades humanas -obras o actividades-, en el ambiente.
- Asegurar que los recursos ambientales de importancia se reconozcan antes de iniciar la obra o actividad.
- Estandarizar procesos de advertencia temprana y de análisis continuo que proteja los recursos ambientales contra daños injustificados o no anticipados.
- Permite al promotor de un proyecto, a la autoridad competente y a la ciudadanía, en cada caso, tomar decisiones informadas y certeras.
- Enmarcar las actividades humanas en la política ambiental nacional, regional o local en una perspectiva de desarrollo sostenible.

La gestión ambiental es un proceso permanente y continuo, constituido por el conjunto estructurado de principios, normas técnicas, procesos y actividades, orientado a administrar los intereses, expectativas y recursos relacionados con los objetivos de la política ambiental y alcanzar así, una mejor calidad de vida y el desarrollo integral de la población, el desarrollo de las actividades económicas y la conservación del patrimonio ambiental y natural del país. Tengamos presente que una gestión ambiental exitosa deberá traer desarrollo sostenible, esto es crecimiento económico y social en armonía con el equilibrio del ambiental, todo ello en beneficio de una mejor calidad de vida y salud de la población. Las directrices de la gestión ambiental por ello pueden resumirse en dos: desarrollo sostenible y derecho a un ambiente sano y equilibrado. Toda la política ambiental se estructura partiendo de estos dos principios elementales. Con la Ley General del Ambiente y la Ley del Sistema Nacional de Gestión Ambiental así como su reglamento se pone fin a una etapa de la gestión ambiental caótica, y sin lineamientos generales que unificara lineamientos entre los diversos sectores con competencias ambientales. La tarea que se presente ahora es desarrollar una gestión ambiental con un norte claro para todos los sectores competentes que ya se ha plasmado en una política nacional del ambiente. La descentralización de la gestión ambiental a través de los gobiernos regionales y locales es parte de ese proceso así como la labor de coordinador y conciliador de intereses que tendrá el Ministerio del Ambiente frente a los ministerios y organismos autónomos con competencias ambientales será fundamental para que el país, valore y aproveche su patrimonio nacional sin perjudicar la calidad de vida y salud de las personas.

1.5.2. SISTEMA NACIONAL DE IMPACTO AMBIENTAL EN EL PERÚ

La evaluación de impacto ambiental es definida como “el examen, análisis y evaluación de unas actividades planeadas con miras a lograr un desarrollo que desde el punto de vista del medio ambiente sea adecuado y sostenible”⁵⁸ o “proceso de análisis que anticipa los futuros impactos ambientales negativos y positivos de acciones humanas permitiendo seleccionar las alternativas que, cumpliendo con los objetivos propuestos, maximicen los beneficios y disminuyan los impactos no deseados.”⁵⁹ También ha sido definida como “la evaluación de Impacto Ambiental es una herramienta preventiva y predictiva de incidencias significativas que se incorporan a un procedimiento jurídico- administrativo y la Evaluación Ambiental es un proceso de investigación diagnóstica de una realidad determinada.”⁶⁰ Bien sostiene Pulgar Vidal, que “por su carácter previo y preventivo de los potenciales impactos que determinada actividad puede causar en el ambiente, la evaluación de impacto ambiental forma parte del proceso de planificación de un proyecto de inversión.”

Escribía Pulgar Vidal, a principios de los noventa, “el Perú no cuenta en la actualidad con un Sistema de Evaluación del Impacto Ambiental entendido como un proceso ordenado orientado a la evaluación sistemática de los efectos potenciales de una acción propuesta. Las normas obligan básicamente a la presentación de un estudio de impacto ambiental que constituye sólo una de sus etapas y que debería ser el documento que expresa el proceso de la evaluación del impacto ambiental.” Un proceso de evaluación del impacto ambiental debe cumplir con las siguientes etapas: a) determinación de los criterios de protección ambiental que sustentan la exigencia; b) marco legal que identifica con claridad las actividades sujetas al proceso de evaluación del impacto ambiental; c) elaboración de términos de referencia para la elaboración y calificación de los Estudios de Impacto Ambiental; d) elaboración y presentación del Estudios de Impacto Ambiental incluyendo la consulta con las poblaciones potenciales afectadas por el proyecto; e) audiencia pública y otros mecanismos de participación ciudadana; f) revisión y decisión sobre el estudio de impacto ambiental (licencia ambiental); g) control y monitoreo del Plan de Manejo Ambiental y cumplimiento de las medidas de mitigación del Estado de Impacto Ambiental.

Ahora hagamos un diagnóstico sobre la evaluación de impacto ambiental en el Perú como instrumento fundamental para la prevención de conflictos socioambientales y daños ambientales. Presenta la situación actual del sistema de gestión ambiental como consecuencia de la creación del Ministerio del Ambiente y los compromisos internacionales que el país ha asumido en el marco de tratados y convenios internacionales sobre materia ambiental e indígena, y la agenda pendiente en el tema. Recordemos que el CONAM en 1999 ya había establecido que el proceso típico de evaluación del impacto ambiental recorre una serie de etapas que se pueden resumir: a) Identificación y clasificación; b) preparación y análisis; c) revisión y decisión; y d) control y seguimiento, recogiendo lo dispuesto por la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (1997).

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Comisión Nacional del Medio Ambiente – CONAMA. Manual de Evaluación de Impacto Ambiental: Conceptos y Antecedentes Básicos- Chile, enero de 1994.

⁶⁰ Fundación Mapfre, Fundación Ambiente y Recursos Naturales, HED AL; Evaluación del Impacto Ambiental, Módulo de Entrenamiento. Buenos Aires, s/f.

La Ley del Sistema Nacional de Evaluación nunca se hizo efectivizo por falta de peso político del CONAM, ausencia voluntad de las autoridades ambientales sectoriales y presión del sector empresarial, todo lo cual derivó en la ausencia de reglamentación de la ley. La entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, fue la oportunidad como parte de los compromisos comerciales asumidos, de fortalecer la institucionalidad ambiental, razón por la cual se ha dado nuevamente impulso a la implementación del sistema nacional de impacto ambiental.

La Ley Nº 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, publicada en 1997 y modificada el 2008, crea el Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (SEIA), definido como un sistema único y coordinado de identificación, prevención, supervisión, control y corrección anticipada de los impactos ambientales negativos derivados de las acciones humanas expresadas por medio del proyecto de inversión. La idea era establecer un proceso uniforme que comprenda los requerimientos, etapas, y alcances de las evaluaciones del impacto ambiental y participación ciudadana de proyectos de inversión para todos los sectores, y acabar con el caos existente en la gestión ambiental.

La norma quedó en suspenso desde su promulgación, debido a que el texto original del artículo 2º de la Ley 27446, estableció que “quedan comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley, los proyectos de inversión públicos y privados que impliquen actividades, construcciones u obras que puedan causar impactos ambientales negativos, según disponga el Reglamento de la presente Ley.” La norma estaría muerta en vida, pues por más de 10 años el Estado no tuvo interés en reglamentarla, y con ello todos los sectores la tomaron solo de manera referencial, y todos mantuvieron regímenes autónomos y disímiles. No sería hasta el 28 de junio de 2008, en que el artículo 1 del Decreto Legislativo Nº 1078, en que la ley recobraría brillo perdido, aunque seguiría en suspenso, pues insistirá que “el Reglamento señalará los proyectos y actividades comerciales y de servicios que se sujetarán a la presente disposición.”

El debate vendría de la mano del artículo 3º de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental que originalmente establecía “a partir de la entrada en vigencia del Reglamento de la presente Ley, no podrá iniciarse la ejecución proyectos incluidos en el artículo anterior y ninguna autoridad nacional, sectorial, regional o local podrá aprobarlas, autorizarlas, permitirles, concederlas o habilitarlas si no cuentan previamente con la certificación ambiental contenida en la Resolución expedida por la respectiva autoridad competente.” Así, se hace énfasis a que la ley queda suspendida hasta que se reglamente, lo que ocurriría casi 13 años después mediante el Decreto Supremo Nº 019-2009-MINAM. Ahora bien recordemos que históricamente, la tendencia ha sido la de entregar la concesión y con posterioridad a la misma realizar el estudio de impacto ambiental, cuestión que presenta serios inconvenientes tales como: a) de desaprobarse el estudio de impacto ambiental, el Estado no podría cumplir los compromisos contractuales ni recibir los beneficios económicos derivados de la concesión; b) al tener intereses en conflictos, podrían existir presiones endógenas y exógenas tendientes a que se expida la certificación ambiental o se extienda el plazo para que levanten las observaciones efectuadas. Todo ello se ve agravado en razón a que la misma autoridad que promueve la actividad económica, también otorga la certificación ambiental, con lo cual nuevamente existirán intereses en conflicto o cuanto menos se estaría contrariando la ética profesional.

Una cuestión interesante que de manera expresa no menciona la Ley del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, es la oportunidad en que se debe realizar el EIA, o mejor dicho si antes de

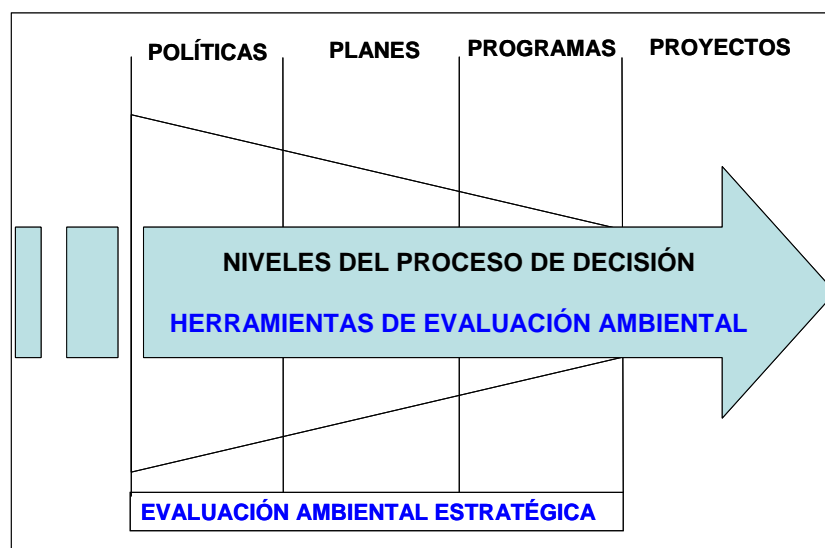
entregar una concesión se debe contar previamente con certificación ambiental, de la lectura del artículo anterior, se supone que ello debería ser así. Sin embargo, al no exigir las normas sobre concesiones de los diferentes sectores como requisito previo para obtener la concesión certificación ambiental, lo que ha estado ocurriendo en la práctica, es lo ya mencionado, se pide el mismo luego de suscrito el contrato de concesión. Valgan verdades una interpretación más estricta de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental debería llevarnos a que no se otorgue concesiones si es que no se cuenta con certificación ambiental previa, tal y como ocurre, en el artículo 25 numeral h, de la Ley de Concesiones Eléctricas, que más adelante comentaremos. En el fondo la gran debilidad de nuestra institucionalidad ambiental, es la ausencia de una entidad imparcial que apruebe los estudios de impacto ambiental, esto es que no sea la misma entidad que promueva las concesiones como ocurre hoy en el caso de minería, hidrocarburos, electricidad o transporte y comunicaciones, situación que siempre ha generado suspicacias sino recuerden el caso del Proyecto Camisea o la Carreteras Interoceánicas. Por ello, hubiera sido una magnífica solución, haber replicado el modelo de evaluación de impacto ambiental del sector electricidad, y exigir como requisito previo para otorgar la concesión definitiva la aprobación de impacto ambiental (certificación ambiental), evitando futuros conflictos socio ambientales, y dando cumplimiento a los principios de prevención y sostenibilidad de la Ley General del Ambiente. El estado actual de la cuestión, salvo el de electricidad, es que el EIA se hace después de otorgada la concesión, lo que está ocasionando conflictos socio ambientales.

El Decreto Legislativo N° 1078, también modifica el artículo 3º, vigente señala que “no podrá iniciarse la ejecución de proyectos ni actividades de servicios y comercio referidos en el artículo 2 y ninguna autoridad nacional, sectorial, regional o local podrá aprobarlas, autorizarlas, permitir las, concederlas o habilitarlas si no cuentan previamente con la certificación ambiental contenida en la Resolución expedida por la respectiva autoridad competente.” Nótese que aunque ya no dice que entrara en vigencia a partir de la aprobación del reglamento, sigue encadenada al mismo, pues este establecerá cuáles son esas actividades económicas a las que se les exigirá certificación ambiental, de ahí la remisión al artículo 2º.

Tanto en 1997, como el 2008, e incluso a inicios del 2012, se podía corroborar la existencia de varios tipos de instrumentos de gestión ambiental, la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, al tener por propósito estandarizar y uniformizar el proceso de evaluación ambiental, consagra en su artículo 4º, la categorización de proyectos de acuerdo al riesgo ambiental, identificando a la Declaración de Impacto Ambiental (Categoría I), Estudio de Impacto Ambiental Semi detallado (Categoría II) y Estudio de Impacto Ambiental Detallado (Categoría III).

Originariamente, el artículo 4.2. de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental establecía, que “esta clasificación deberá efectuarse siguiendo los criterios de protección ambiental establecidos por la autoridad competente.” Lo cual resultaba a todas luces deficiente pues los criterios de protección deberían ser transversales y comunes a todas las entidades con competencias ambientales. De ahí que acertadamente, este artículo fuera modificado por el Decreto Legislativo N° 1078, quedando de la siguiente forma: “4.2. Esta clasificación deberá efectuarse siguiendo los criterios de protección ambiental establecidos en el artículo 5 de la presente ley. La autoridad competente podrá establecer criterios complementarios adicionales.” De esta manera, inteligentemente se establecía criterios de protección rectores, y se

daba opción a que cada sector tuviere en potencia criterios complementarios propios de las características de la actividad regulada.



Una de las más interesantes novedades, de los cambios producidos en el 2008, a la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, fue la incorporación de la Evaluación Ambiental Estratégica – EAE, que en el proyecto de Ley del SEIA de los 90 fue suprimida, y actualmente es aplicable al caso de las “propuestas de Política, Planes o Programas de desarrollo sectorial, regional y local susceptibles de originar implicaciones ambientales significativas.” La condición sine qua non para aprobar un estudio que cuente con un Informe Ambiental por el MINAM que orientará la adecuada toma de decisiones que prevenga daños al ambiente. La relevancia del EAE es que permite medir los impactos socio ambientales de varias actividades productivas, y permite visualizar la efectividad de varios estudios de impacto ambiental en una zona geográfica, y de esta forma medir el impacto global de las diversas actividades que impactan en el ecosistema y la población local, y de esta manera tomar las medidas de prevención, mitigación y compensación más idóneas que correspondan, teniendo en cuenta la probabilidad de ocurrencia de impactos ambientales negativos significativos, evaluando los tres escenarios posibles como son el de certeza, de riesgo y de incertidumbre.

El artículo 5º de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental consagraría los criterios de protección ambiental rectores de todos los sectores, aplicables en la clasificación de los proyectos de inversión que queden comprendidos dentro del SEIA, conforme pasamos a detallar:

Criterio 1.- La protección de la salud de las personas; evidentemente el primer objetivo que se debe asegurar cuando se realice un proyecto de inversión es que el mismo no afecte gravemente la salud de la población local, y se mitigue, compense o remedie cualquier posible afectación a la salud de las personas. Ergo, si el proyecto no puede garantizar el goce de la salud de las personas entonces no podrá otorgarse la certificación ambiental solicitada, salvo que corrija dicha deficiencia. Pensemos en el caso las antenas de telefonía altamente pobladas, que deben estar homologadas por la autoridad del sector y adicionalmente distantes de zonas urbanas para efectos de evitar daños a la salud de las personas.

Criterio 2.- La protección de la calidad ambiental, tanto del aire, del agua, del suelo, como la incidencia que puedan producir el ruido y los residuos sólidos, líquidos y emisiones gaseosas y radiactivas; evidentemente ello asegurara un desarrollo de la vida humana y animal dentro de los estándares sociales y ambientales tolerables, e irán de la mano con el respeto de los límites máximos permisibles.

Criterio 3.- La protección de los recursos naturales, especialmente las aguas, el suelo, la flora y la fauna; independientemente de la afectación de la vida humana, tenemos la obligación de preservar las propiedades básicas de los recursos naturales para el sostenimiento del ecosistema y valores asociados al mismo. En ese sentido, la autoridad sectorial que lleva el proceso de evaluación de impacto ambiental, deberá solicitar opinión favorable de las Autoridades Nacionales en Recursos Hídricos, Forestales y en Biodiversidad, todas pertenecientes actualmente al Ministerio de Agricultura.

Criterio 4.- La protección de las áreas naturales protegidas; sean de uso directo o indirecto (intangibles), o nacionales o regionales, deberá asegurarse que las actividades productivas no afecten los objetos de conservación de las mismas, y respeten sus documentos de planificación, para lo cual se deberá contar con opinión técnica favorable del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas, conforme lo establece el artículo 28º de la Ley de Áreas Naturales Protegidas. Un caso emblemático al respecto es el Área de Conservación de Cordillera Escalera (STC N.º 03343-2007-PA/TC), en donde la actividad de hidrocarburos, se suspendió hasta que se apruebe su plan maestro, y solo podría ser autorizada si el mismo señalaba que era compatible con las actividades de conservación, y no afectaba sus objetos de conservación.

La inclusión en el Anexo V del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM del criterio de protección de las áreas naturales protegidas, bajo el nombre de Criterio 4. En ese sentido, se tomaría en cuenta el uso directo o indirecto (intangibles) de las mismas, también deberían asegurarse que las actividades productivas no afecten los objetos de conservación de las mismas, y respeten sus documentos de planificación, para lo cual se deberá contar con opinión técnica favorable del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas, conforme lo establece el artículo 28 de la Ley de Áreas Naturales Protegidas

El Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, establece también los sub criterios que deberán tomarse en cuenta para verificar si se afecta negativamente un espacio protegido, así tenemos que:

- a) **La afectación, intervención o explotación de recursos naturales que se encuentran en áreas naturales protegidas**, recordemos que solamente se puede explotar recursos naturales en espacios protegidos si sus documentos de planificación lo permiten y no se atentan contra los objetos de creación y conservación de las mismas.
- b) **La generación de nuevas áreas naturales protegidas**, efectivamente si la actividad productiva se encuentra en una zona prioritaria para la conservación, áreas de conservación regional o una zona reservada, este hecho resulta relevante para la

elaboración del estudio de impacto ambiental, como ocurrió en el caso del Área de Conservación Cordillera Escalera y el Lote de Hidrocarburos 103.

- c) **La modificación en la demarcación de las áreas naturales protegidas**, resultara determinante para la elaboración del estudio de impacto ambiental, si es que se tiene pensado ampliar el espacio protegido, por razones de conectividad con los ecosistemas asociados contiguos.
- d) **La pérdida de ambientes representativos y protegidos**, la actividad productiva propuesta no puede afectar los objetos de conservación de los especies protegidos, para ello tendrá que observarse la norma de creación de la misma, y los documentos de planificación respectivos.
- e) **La afectación, intervención o explotación de territorios con valor paisajístico y/o turístico**, este criterio protege a las reservas paisajísticas, donde el valor más importante a cuidar es el paisaje, y no una muestra representativa de la biodiversidad.
- f) **La obstrucción de la visibilidad de zonas de valor paisajístico**, definitivamente no se puede alterar el paisaje natural de un espacio protegido al punto de estropear la belleza paisajística, ni menos obstruir con el proyecto la posibilidad de disfrutar del mismo, como ocurre con las construcciones ilegales (casas de playa) edificadas en la Reserva Nacional de Paracas.
- g) **La modificación de la composición del paisaje natural**, la actividad productiva propuesta no puede cambiar dramáticamente el paisaje natural de un espacio protegido, como lo hace la actividad minera artesanal legal, es muy importante respetar la belleza paisajística del espacio protegido.

Criterio 5.- Protección de la diversidad biológica y sus componentes: ecosistemas, especies y genes; así como los bienes y servicios ambientales y bellezas escénicas, áreas que son centros de origen y diversificación genética por su importancia para la vida natural." Este criterio de protección desarrollado con detalle por el D.S. 019-2009-MINAM, es sumamente virtuoso pues obliga al titular del proyecto a que adopte medidas para proteger ecosistemas, pero al punto que garantice que la actividad productiva no podrá en riesgo especies y genes propios del mismo. Y como se observa va más allá, al reclamar la protección de servicios ambientales, dentro de los que podemos considerar la captación de carbono, el aprovisionamiento de agua, peces, etc. Además exalta la belleza escénica, y como pocas normas exige se respete la misma, dejando claro que el proyecto de inversión, no puede desnaturalizar radicalmente un paisaje. El criterio también rescata el valor de los centros de origen y diversidad genética por su importancia para la vida natural, y también para el futuro de la especie humana.

Criterio 6.- La protección de los sistemas y estilos de vida de las comunidades; cuestión fundamental en un país pluricultural como el nuestro, en donde existen comunidades andinas, amazónicas y afroperuanas. Lamentablemente tanto en la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental como en su reglamento, no se hace notar la importancia en este criterio del Convenio 169 de la OIT (1995), ni la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), especialmente relevante para el tema de la

Consulta Previa y el respeto a los territorios indígenas. Pese a ello podemos rescatar los siguientes criterios, consagrados en el Anexo V del D.S. 019-2009-MINAM:

- a) **La inducción a las comunidades que se encuentren en el área de influencia, a reasentarse o reubicarse, temporal o permanentemente.** ¿Y el derecho a la consulta previa de las poblaciones indígenas? ¿Y el consentimiento, libre e informado de la población a reubicar? Clamorosa omisión, no puede ser casualidad, y es una prueba palpable de la insensibilidad de algunas autoridades a los derechos indígenas. Inversión sí, pero respetando los derechos indígenas y los estándares socio ambientales mínimos.
- b) **La afectación a los grupos humanos protegidos por disposiciones especiales.** Se llaman poblaciones indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial, y la norma debió hacer mención de la misma de manera expresa, y citando su legislación especial más importante.
- c) **La transformación de las actividades económicas, sociales y culturales con base ambiental del grupo o comunidad local.** Se debe proteger las actividades tradicionales, y evitar que la irrupción del proyecto de inversión, transforme dramáticamente la conducta de la comunidad y sus miembros. Lamentablemente, la presencia de la actividad minera, ha ocasionado la aparición de la prostitución y el alcoholismo, entre las comunidades indígenas afectadas.
- d) **Obstrucción del acceso a recursos naturales que le sirvan de base para alguna actividad económica o de subsistencia de comunidades.** Los pueblos indígenas u originarios, preexistieron a la formación del Estado Peruano, y esta es una de las razones por las cuales se les reconoce el acceso gratuito a los recursos naturales que le sirven de sustento.
- e) **La generación de procesos de ruptura de redes o alianzas sociales y culturales.** Las actividades productivas no deben provocar ruptura de los patrones sociales ni culturales existentes en las poblaciones locales, de ahí que los campamentos mineros se recomienda estén lejanos a poblaciones nativas, para efectos de que se evite una alteración en su cultura.
- f) **Los cambios en la estructura demográfica local.** El despoblamiento de zonas rurales es una de los efectos adversos de las actividades productivas, por lo que se debe tenerse especial cuidado a fin de prevenir estos desplazamientos poblacionales.
- g) **La alteración de los sistemas de vida de grupos étnicos con alto valor cultural.** Los cambios abruptos económicos debido a las actividades productivas pueden cambiar dramáticamente los valores sociales y sistema de vida de las comunidades nativas, incluso alterando las relaciones internas de poder. En ese sentido, el titular de la obligación debe garantizar que estos efectos perversos sean neutralizados y evitados.
- h) **La generación de nuevas condiciones de vida para los grupos o comunidades.** Estos cambios deben ser sometidos a consulta previa a la población nativa, mediante un diálogo intercultural, y deben ser consentidos por la población indígena, contando como garantes a las autoridades estatales protectoras de pueblos indígenas (INDEPA- Viceministro de Interculturalidad).

i) La alteración o desaparición de sus estilos de vida coherentes con la conservación de la diversidad biológica y que involucran conocimientos tradicionales asociados a ellas.

Definitivamente, las actividades productivas deben tomar todas las medidas preventivas que haga falta para evitar alterar los estilos de vida de las poblaciones indígenas, y coadyuvar al rescate de los conocimientos tradicionales o ancestrales, como parte de la responsabilidad social empresarial.

Criterio 7.- La protección de los espacios urbanos. Se refiere básicamente a conservar los espacios funcionales de una ciudad, y respetar la cultura arquitectónica de la misma, ello tendrá en cuenta: la modificación de la composición del paisaje o cultural, la reubicación de las ciudades, desarrollo de actividades del proyecto cuya área de influencia comprenda espacios urbanos, el uso de las facilidades e infraestructura urbanas para los fines del proyecto, el aislamiento de las ciudades por causa del proyecto, y la localización del proyecto.

Criterio 8.- La protección del patrimonio arqueológico, histórico, arquitectónicos y monumentos nacionales. Lo que implicara tener especial cuidado con la afectación, modificación y deterioro de algún monumento histórico, arquitectónico, monumento público, arqueológico, zona típica o santuario natural; la extracción de elementos de zonas donde existan piezas o construcciones de valor histórico, arquitectónico o arqueológico en cualquiera de sus formas, y la afectación de recursos arqueológicos en cualquiera de sus formas. En ese sentido, la actividad turística por ejemplo no puede afectar la sostenibilidad del Santuario Histórico de Machupicchu o el Santuario Histórico Bosque de Pomac.

El Procedimiento para la certificación ambiental está compuesto por cinco etapas, las cuatro primeras se darán ante la entidad que concede la actividad productiva, y la quinta, aunque actualmente la mayoría de entidades con competencias ambientales las ejercen, a mediana plazo, estas labores serán transferidas al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA, y esta ejercerá dicha función. Sin embargo, con la creación del Servicio de Certificación Ambiental para Inversiones Sostenibles (SENACE) mediante Ley N° 1461 publicada el 20 de diciembre de 2012 será esta entidad la que apruebe los Estudios de Impacto Ambiental detallados luego de un proceso de transferencia de funciones con los sectores que hoy ejercen dicha facultad, los que conservaran la facultad de aprobar Estudios de Impacto Ambiental semidetallados, y en algunos casos por decisión del Consejo de Ministros también evaluarán y aprobarán Estudios de Impacto Ambiental detallados.

Adviértase que la oportunidad en que se realiza la evaluación de impacto ambiental no se menciona de manera expresa, pero lo lógico es que sea antes de otorgar la concesión definitiva, como ocurre en el artículo 25º numeral h de la Ley de Concesiones Eléctricas, sin embargo, como ya dijimos, ocurre luego de entregada la concesión. Así el procedimiento administrativo se inicia con la presentación de la solicitud por parte del proponente o titular del proyecto de inversión, que contiene cuanto menos la siguiente información:

a) Una evaluación preliminar con la siguiente información:

- a.1 Las características de la acción que se proyecta ejecutar;
- a.2 Los antecedentes de los aspectos ambientales que conforman el área de influencia de la misma;

- a.3 Los posibles impactos ambientales que pudieran producirse; y,
- a.4 Las medidas de prevención, mitigación o corrección previstas.

- b) Una propuesta de clasificación de conformidad con las categorías.**
- c) Una propuesta de términos de referencia para el estudio de impacto ambiental correspondiente, si fuera el caso. Aunque está claro que lo ideal es que la autoridad ambiental debería haber aprobado dichos términos de referencia con anticipación.**

El artículo 7 de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental exige que la información contenida en la solicitud este suscrita por el proponente o titular, se entiende en todas sus páginas, pues la misma tendrá carácter de declaración jurada, y en caso ser falsa la información contenida en la misma acarreará responsabilidad penal.

La evaluación preliminar, tiene un contenido mínimo que se encuentra regulado en el Anexo VI del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, y está compuesto por una descripción breve del proyecto de inversión, una descripción de los posibles impactos sociales y ambientales del mismo, ello será fundamental para su clasificación; las medidas de prevención, mitigación o corrección de los impactos ambientales, que se implementaran para neutralizar y/o minimizar los impactos negativos del proyecto; un plan de seguimiento y control de dichas medidas, para asegurar que efectivamente el instrumento de gestión ambiental este cumpliendo su finalidad preventiva; un plan de participación ciudadana, que entrañara una audiencia pública obligatoria, entre otros mecanismos de participación como los talleres informativos, buzones de sugerencia, mesas de diálogo, etc; y finalmente un Plan de Cierre o Abandono de la actividad; ello último será un procedimiento administrativo que implicará la entrega de garantías financieras, y la ejecución progresiva de medidas de remediación. A ello habría que añadir que con la aprobación de la Décima Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley de Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC, se deberá incorporar a esa evaluación preliminar información sobre los pueblos indígenas que se podrían ver afectados.

Teniendo en cuenta que los criterios de protección ambiental comentados la autoridad competente deberá ratificar o modificar la propuesta de clasificación realizada con la presentación de la solicitud, en un plazo no menor de 45 (cuarenta y cinco) días calendario. Además, el artículo 8 de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, señala que la resolución de la clasificación según sea el caso debe:

- a) Expedir la correspondiente certificación ambiental, para el caso de la categoría I.
- b) Para las restantes categorías, aprobar los términos de referencia propuestos para la elaboración del estudio de impacto ambiental correspondiente.

El artículo 9 de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, corrige las suspicacias que puede generar que sea el propio proponente de la actividad quien elabore los términos de referencia y señala que “la autoridad competente podrá establecer los mecanismos para la clasificación y definición de los términos de referencia de los estudios de impacto

ambiental de actividades comunes en el sector (...), procediendo el proponente o titular con la elaboración del estudio de impacto ambiental de acuerdo con los términos de referencia correspondientes.” Ello se traduce en el Anexo III y IV del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, que contiene los términos de referencia para Estudios de Impacto Ambiental Semidetallados y Detallados, poniendo un piso técnico mínimo para la elaboración de estos estudios.

Ciertamente, ya el artículo 10º de la Ley del Sistema Nacional de Impacto Ambiental, había establecido el contenido de los Estudios de Impacto Ambiental y otros documentos de gestión ambiental serían:

- a) Una descripción de la acción propuesta y los antecedentes de su área de influencia;
- b) La identificación y caracterización de las implicaciones y los impactos ambientales negativos, según corresponda, en todas las fases y durante todo el período de duración del proyecto. Para tal efecto, se deberá tener en cuenta el ciclo de vida del producto o actividad, así como el riesgo ambiental, en los casos aplicables y otros instrumentos de gestión ambiental conexos;
- c) La estrategia de manejo ambiental o la definición de metas ambientales incluyendo, según el caso, el plan de manejo, el plan de contingencias, el plan de compensación y el plan de abandono o cierre;
- d) El plan de participación ciudadana de parte del mismo proponente;
- e) Los planes de seguimiento, vigilancia y control;
- f) La valorización económica del impacto ambiental;
- g) Un resumen ejecutivo de fácil comprensión; y,
- h) Otros que determine la autoridad competente.

Una de las virtudes más notables de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental y su reglamento, es la consagración de la valoración económica del impacto ambiental. Sin embargo, para ello hacerlo posible se requiere que el Ministerio del Ambiente debe aprobar los términos de referencia para realizar el mismo, y establecer la metodología que acogería para dicho propósito.

Uno de los errores más visible de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental se encuentra en el artículo 10.2 que señala “el estudio de impacto ambiental deberá ser elaborado por entidades autorizadas que cuenten con equipos de profesionales de diferentes especialidades con experiencia en aspectos de manejo ambiental, cuya elección es de exclusiva responsabilidad del titular o proponente de la acción, quien asumirá el costo de su elaboración y tramitación.” Craso fallo del sistema, no puede ser que la consultora está subordinada al titular del proyecto pues de esa forma pierde imparcialidad como la experiencia lo viene demostrando. Lo ideal, es que el titular del proyecto pague una tasa (cuyo costo dependerá de la magnitud del proyecto) en el Ministerio del Ambiente, y que por sorteo se elija entre las consultaras registradas, y que las mismas rindan cuentas al MINAM, no al titular del proyecto, quien solamente coordinara con la consultora. Recordemos que el numeral 4 del artículo 10.4 señala que el Ministerio del Ambiente tendrá la facultad de fiscalizar y sancionar las irregularidades y faltas que comentan las consultoras, mediante amonestación, multa suspensión o cancelación.

El numeral 1 del artículo 12 de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental establece que “culminada la evaluación de los instrumentos de gestión ambiental, se elaborará un informe técnico-legal que sustente la evaluación que haga la autoridad indicando las

consideraciones que apoyan la decisión, así como las obligaciones adicionales surgidas de dicha evaluación si las hubiera. Dicho informe será público. Con base en tal informe, la autoridad competente, expedirá la Resolución motivada, correspondiente.” En el caso de evaluaciones ambientales estratégicas corresponde al sector presentar dicha evaluación al Ministerio del Ambiente contando para ello con las opiniones técnicas de las entidades involucradas. Para el caso de la revisión de los Estudios de Impacto Ambiental detallados (EIA-d), correspondientes a proyectos clasificados en la categoría III, la autoridad competente podrá establecer un mecanismo de revisión que incluya a las autoridades sectoriales, regionales o locales involucradas conforme lo establece el numeral 2 del artículo 11 de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental.

En otros términos, toda resolución de certificación ambiental, debe estar sustentada y acompañada de un informe técnico-legal, el que puede recomendar la inclusión de obligaciones adicionales, que no hayan estado contempladas en el estudio de impacto ambiental original, pero que a partir de la expedición de la resolución, serán de naturaleza tan obligatorias como los compromisos que voluntariamente asumió el titular del proyecto de inversión. Ciertamente, si el administrado no está de acuerdo con estas obligaciones podría impugnar la resolución en dicho extremo, y quedaría en *suspense*, el otorgamiento de su certificación ambiental hasta que se resuelva la apelación o reconsideración según sea el caso. Ello en razón a que la certificación ambiental se otorga solo si se implementaban las medidas adicionales impuestas por la autoridad.

Habría que recordar que los EIA se deben actualizar cada cinco años, puesto que son instrumentos dinámicos, flexibles y evidentemente conforme pase el tiempo, y se den las actividades productivas pueden desactualizarse ciertos componentes del mismo, razón por la cual la autoridad debe exigir la actualización de los mismos, o el propio titular del proyecto solicitar una nueva evaluación del componente desactualizado conforme lo establece el artículo 30º del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM. Este sería el caso del EIA del “Aeropuerto Internacional Jorge Chávez”, que tiene más de 10 años de aprobado.

Como sabemos la Resolución que aprueba el instrumento de gestión ambiental constituirá la certificación ambiental, quedando así autorizada la ejecución de la acción o proyecto propuesto, y en el sector eléctrico, se queda expedito para solicitar recién la concesión definitiva, ejemplo que debería seguirse en los otros sectores. Para caso de una evaluación ambiental estratégica, el MINAM emitirá un Informe Ambiental que lo pondrá a consideración del proponente para que éste, de ser el caso, realice los ajustes correspondientes de manera previa a su adopción definitiva.

Advirtamos, la importancia de la Evaluación Ambiental Estratégica, que va más allá de mirar un proyecto específico, o sea mirar el árbol, y analiza todos los proyectos de distintos sectores productivos en un determinado espacio geográfico, esto es el bosque, para efectos de determinar los impactos totales de los mismos, y tomar decisiones de gestión ambiental, que hagan sostenible todas las actividades productivas que se desarrollan en una determinada ciudad o región, con la participación de las autoridades locales, regionales, y nacionales involucradas, y la población local afectada por las mismas. En ese contexto, la zonificación económica ambiental vendría hacer una consecuencia de una evaluación ambiental estratégica donde la participación ciudadana será fundamental para legitimar el proceso de validación del instrumento de gestión ambiental, tan importante, y desdeñado por años, y cuya ausencia viene ocasionando conflictos socioambientales por superposición de actividades productivas o por daños ambientales generados por los impactos ambientales totales de los distintos proyectos de inversión productivos.

CUADRO COMPARATIVO DE ENFOQUES DEL EIA Y EAE	
Estudio de Impacto Ambiental	Estudio Ambiental Estratégico
1. Mide impactos de proyecto de inversión específico, y la toma de decisión sólo afecta al titular y la población local afectada.	1. Mide los impactos de diversos proyectos de inversión, y la toma de decisión implica la participación de varios actores sociales.
2. Tiene un enfoque limitado al proyecto específico que esta propuesto realizarse, y por ello es reactivo.	2. Tiene un enfoque sistémico y planificador, basado en planes, programas y proyectos predeterminados que tienen por objeto promover el desarrollo sostenible de varias actividades productivas que impacta en una zona geográfica específica.
3. Tiene alternativas limitadas de prevención, mitigación y remediación basados en un proyecto específico y su financiamiento.	3. Tiene un amplio margen de posibilidades para la adopción de medidas de prevención, mitigación y remediación que aseguren los objetivos ambientales establecidos en el instrumento de gestión ambiental.
4. Revisión limitada de impactos acumulativos y sinérgicos.	4. Prevé impactos acumulativos y sinérgicos.
5. Prevé medidas correctivas para mitigar impactos ambientales negativos detallados en un proyecto de inversión.	5. Impactos ambientales globales, aunque no de una manera detallada

Fuente: Elaboración propia

Desde 1997 hasta el 2015, se puede corroborar que la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, consagra en su artículo 4º, la categorización de proyectos de acuerdo al riesgo ambiental, identificando a la Declaración de Impacto Ambiental (Categoría I), Estudio de Impacto Ambiental Semi detallado (Categoría II) y Estudio de Impacto Ambiental Detallado (Categoría III). Actualmente, el Procedimiento para la certificación ambiental está compuesto por cinco etapas:

LAS CINCO ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL DESDE 1997-2015	
PRESENTACIÓN DE LA SOLICITUD	<p>En la presentación de la solicitud de la evaluación preliminar del instrumento de gestión ambiental, en la que se debe indicar cuál es la categoría que va a tener el Estudio de Impacto Ambiental:</p> <p>Categoría I: Declaración de Impacto Ambiental (DIA)</p> <p>Categoría II: Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado (EIA-sd)</p> <p>Categoría III: Estudio de Impacto Ambiental Detallado (EIA-d)</p> <p>Asimismo, debe contener los datos de los profesionales responsables del estudio ambiental respectivo, y suscribirse el mismo con la firma del titular del proyecto y la Consultora encargada de la elaboración del instrumento de gestión ambiental.</p>
CLASIFICACIÓN DE LA ACCIÓN	<p>En esta etapa se categorizará el instrumento de gestión ambiental:</p> <p>Si se categoriza como DIA, automáticamente se otorga la Certificación ambiental, con lo cual habrá culminado el procedimiento administrativo, un claro ejemplo de los grifos, gasocentros que se instalan en la ciudad, sin embargo de ser por ejemplo un proyecto de Gran Minería o grandes Centros de Hidroeléctricas esto es se clasificará en categoría III en</p>

<p>EVALUACIÓN DEL INSTRUMENTO DE GESTIÓN AMBIENTAL</p>	<p>un Estudio de Impacto Detallado, de ser este el caso tendremos que la autoridad entregará la categorización y también los Término de Referencia bajo los cuales se espera que realices el EIA correspondiente o el Instrumento de Gestión Ambiental que corresponda.</p> <p>La autoridad ambiental por ejemplo el MEM recibe el EIA-d que ha sido elaborado bajo los términos de referencia que se han entregado y el mismo será evaluado en 3 niveles:</p> <p>1° Nivel: La propia Autoridad Sectorial 2° Nivel: Opiniones Técnicas de las diferentes autoridades competentes en el proyecto debido a los impactos que este genera sobre la salud, la cultura, el patrimonio nacional, áreas naturales protegidas, etc. 3° Nivel: Participación Ciudadana con la población local directamente afectada.</p> <p>En ese contexto debemos indicar que los 3 niveles pueden estar corriendo en paralelo, lo que normalmente ocurre es que se recibe el Instrumento de Gestión Ambiental en copias, el mismo es entregado en copias y son trasladadas a las autoridades a las autoridades competentes, estos es SERNANP, MINCU, etc. Por ultimo estas opiniones deben regresar al sector, debido a que el sector va a evaluar el EIA de manera completa y permitirá que la empresa acompañado de un representante de la entidad pública- MEM realizarán la participación ciudadana, primeramente a nivel de una audiencia de presentación, luego de audiencias públicas, buzón de sugerencias, etc.</p> <p>Luego con las opiniones técnicas favorables de los diferentes sectores (SERNANP, ANA, MICU) y teniendo la participación ciudadana acabada, y el sector competente sin hacer observaciones o habiéndolas hecho se absolvieron las observaciones, recién se puede aprobar el Estudio de Impacto Ambiental y otorgar la Certificación Ambiental.</p>
<p>RESOLUCIÓN Y OTORGAMIENTO DE CERTIFICACIÓN AMBIENTAL</p>	<p>La Resolución que aprueba el EIA debe contener un Informe Técnico Legal que sustente las razones por las cuales se aprueba el EIA y que contenga las obligaciones socioambientales a las que se obliga el titular del proyecto.</p>
<p>SEGUIMIENTO Y CONTROL</p>	<p>Estará a cargo del OEFA en caso de minería, hidrocarburos, electricidad, industria y pesquería, sin embargo, en otros sectores como el Ministerio de Transporte y Comunicaciones, Ministerio de Agricultura, Ministerio de Defensa o Ministerio de Salud, estará a cargo de las autoridades sectoriales que aún no han transferido las facultades fiscalizadoras del Instrumento de Gestión Ambiental.</p>

Fuente: Elaboración propia

Posteriormente, la creación del SENACE en el 2012, resulta una reforma incompleta e insuficiente del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, que ya para diciembre del 2011, había colapsado producto de los errores en las evaluaciones de impacto ambiental importantes como son Proyectos Mineros de la dimensión de “Tía María”, y “Conga”, sin olvidar, el Proyecto de Irrigación “Majes Sigvas II”, que habían probado la falta de confianza de la población afectada, en una autoridad ambiental evaluadora carente de imparcialidad y objetividad. Esta percepción, llevo consigo en principio el síncope del púber Ministerio del Ambiente, que al querer resolver este problema mediante un Informe Técnico que determine la calidad del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Conga, y mejorarlo, lo único que consiguió fue el cese del titular de la cartera, y el desconocimiento del Informe por el flamante nuevo ministro. Ya en ese estado de cosas, el camino estaba marcado por el Proyecto Tía

María, donde la UNOPS hizo la evaluación del EIA, pero esta vez en el Proyecto Conga, se haría un Peritaje Internacional, ex post, y no en el mismo momento de la evaluación. Destruída la institucionalidad ambiental que se conocía hasta entonces, al cuestionar las evaluaciones efectuadas por el sector de minería, y reconocer el rol de convidado de piedra del Ministerio del Ambiente, en el aspecto técnico. Era evidente, que si no se quería resolver todos los conflictos socio ambientales en que se cuestione un EIA, a través de terceros con peritajes ambientales o simplemente tercerización de la evaluación del EIA, solo quedaba que construyeran una nueva institucionalidad ambiental para detener el descalabro, y el aluvión de demandas sociales y judiciales reclamando tener el mismo tratamiento que los Proyectos Conga o Tía María, y en ese contexto, nace el SENACE, en un ambiente convulsionado, y lleno de desaciertos en la gestión pública.

El SENACE actualmente forma parte del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (SEIA) cuya rectoría la ejerce el Ministerio del Ambiente. Entonces, la primera pregunta que surge es porque no asumió dicha rectoría el naciente SENACE, si justamente esa es su principal labor, no se entiende esta dualidad de autoridades, que finalmente dan lugar al binomio MINAM-SENACE, y la politización de una instancia que por naturaleza debería ser técnica. Recuperados de este impase institucional encontramos en el artículo 1.3 de la Ley 29968, que crea el SENACE, y señala que “es el ente encargado de revisar y aprobar los Estudios de Impacto Ambiental detallados (EIA-d) regulados en la Ley 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, y sus normas reglamentarias, que comprenden los proyectos de inversión pública, privada o de capital mixto, de alcance nacional y multirregional que impliquen actividades, construcciones, obras y otras actividades comerciales y de servicios que puedan causar impactos ambientales significativos; salvo los Estudios de Impacto Ambiental detallados que expresamente se excluyan por decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, a propuesta del sector correspondiente, los que serán evaluados por el sector que disponga el referido decreto supremo.” De entrada, se nos plantea un Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) mixto, donde las declaraciones de impacto ambiental, los estudios de impacto ambiental semi detallados y la evaluación ambiental estratégica sean aprobados por los sectores competentes y el Ministerio del Ambiente según las competencias ambientales otorgadas, quedando únicamente en poder del naciente SENACE, la aprobación de los Estudios de Impacto Ambiental Detallado (EIA-d), salvo del proyecto de inversión, que el Consejo de Ministros decida que vuelva al sector para que este lo evalúe y apruebe en tiempo record, o sea la confianza en el SENACE se acaba, si el citado Consejo lo decide así, y el SENACE se convierte en el único organismo público cuyas competencias están condicionadas a los intereses facticos y políticos de turno, o sea en ocasiones ni siquiera habrá que presionarlo, simplemente por un interés sectorial, se le impide evaluar un EIA-d para que dicha labor lo haga el sector interesado. Esta institucionalidad ambiental en ninguna forma es la soñada, salvo para los incautos aduladores, interesados o comparseros que siempre existen en la gestión pública. No olvidemos que el SENACE empezara a funcionar a partir de junio del 2015 de acuerdo al Decreto Supremo No 003-2013-MINAM, pero en verdad no creemos que ello ocurra hasta el 2016.

APROBACIÓN DE INSTRUMENTOS DE GESTIÓN AMBIEN TAL				
Autoridades	Gobiernos Locales	Gobiernos regionales	Ministerios	SENACE a partir de junio del 2015
DIA	X	X		
EIA-sd		X	X	
EIA-d				X
EAE				X

Fuente: Elaboración propia basado en los artículos 3º y 4º de la Ley No 29968, así como 17º de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental

La Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental se pronuncia tímidamente en temas de participación ciudadana, así tenemos el artículo 13.a, el cual establece “la participación de la comunidad en el proceso de tramitación de las solicitudes y de los correspondientes estudios de impacto ambiental.” En otras palabras, el EIA y su resumen ejecutivo, deberá estar al alcance de cualquier ciudadano, siendo imposible alegar confidencialidad por razones comerciales o económicas, pues estos documentos tienen la naturaleza de públicos y de interés general.

El Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental contempla para la participación de la comunidad, lo siguiente:

- Que la autoridad competente, durante la etapa de clasificación, tiene la facultad de solicitar a la comunidad o representantes o informantes calificados, los antecedentes o las observaciones sobre la acción propuesta. Usualmente, una consultora ambiental realiza el estudio de impacto ambiental, y recibe las observaciones a las mismas. Empero, lo ideal sería que las observaciones realizadas por la sociedad civil sean también remitidas en copia a la autoridad que aprobara el EIA.
- Que el proponente y su equipo técnico presente un plan de participación ciudadana y su ejecución. Todo EIA, debe velar por la implementación del derecho a la participación ciudadana, de manera transparente, honesta y efectiva.
- Que la autoridad competente efectúe la consulta formal durante la etapa de revisión, sólo en los casos de los estudios de impacto ambiental detallados y semidetallados. Estos estudios se pondrán a disposición del público, para observaciones y comentarios, en la sede regional del sector respectivo. La convocatoria se hará por los medios de prensa de mayor difusión cuyo costo será asumido por el proponente. Asimismo, la difusión se realizará por medios electrónicos de comunicación.

Normalmente, cuando se realiza un taller de participación ciudadana la población, no se encuentra satisfecha con la presencia solamente con la presencia de la consultora ambiental, y el titular del proyecto, y exigen la presencia del sector del Estado que promueve la actividad productiva a fin de que absuelva sus dudas e inquietudes. En ese sentido, es un acierto que la Ley del Sistema Nacional de Impacto Ambiental, haya previsto la presencia del sector que promueve la actividad productiva y que a la vez aprobara el EIA, pues podrá considerar de primera mano, los posibles conflictos sociales que podrían generarse como consecuencia del proyecto de inversión, y también las alternativas para solucionar los mismos.

- d) La audiencia pública, como parte de la revisión del estudio de impacto ambiental detallado, se deberá realizar a más tardar 5 (cinco) días antes del vencimiento del período de consulta formal. La autoridad competente podrá disponer la presentación en audiencia pública de los estudios de impacto ambiental semidetallados. Parece muy apresurado e irresponsable que faltando 5 días para que termine el periodo formal de consulta ciudadana, se realice la audiencia pública, debería ser no menos de 15 días antes, para tener tiempo de absolver dudas, y recibir las últimas observaciones, así como explicar cómo se están levantando las mismas. El proceso de participación ciudadana debe ser flexible y durar todo lo que haga falta, en busca de la transparencia, participación, y consenso con la población local.

Ciertamente, tanto en el taller de participación ciudadana como la audiencia pública final, la consultora tendrá que identificar previamente antes de realizar las mismas, cuales son las posiciones de los actores sociales, y su intensidad, estos es determinar quiénes son opositores, colaboradores y neutrales, y ello se puede deducir fácilmente deduciendo quienes se benefician y quienes se perjudican con la ejecución del proyecto. La forma de obtener dicha información podría ser aplicando encuestas y realizando entrevistas a los principales líderes locales, tanto del sector público como privado.

También resulta fundamental que el facilitador del taller de participación ciudadana, propicie el dialogo, y de ninguna manera fuerce acuerdos, sino tiene que dejar que naturalmente estos caigan por su propio peso. Adicionalmente, la realización de los talleres debe hacerse consultando previamente la disponibilidad de las autoridades locales y líderes comunales. Nunca se debe apurar un taller porque se vence los plazos arbitrariamente impuestos, o hacerlos de manera inopinada, o sin contar con autorización, de lo contrario como le ocurrió a los consultores de la empresa EGASUR, en el proyecto de la hidroeléctrica de Inambari (diciembre 2010), sufrirán represarías de parte de la población, y ocasionaran convulsión social. Siempre es prudente respetar los tiempos de las colectividades, más vale demorarse uno o dos meses más de lo previsto que perder el proyecto por oposición de la población, debido a la falta de tacto al hacer los talleres de participación ciudadana. Advirtamos que lo que distingue a una Audiencia Pública de un taller informativo, es que la primera es mucho más participativa, y permite que se efectúen aportes, y criticas de fondo, las que deberían ser levantadas en el Estudio de Impacto Ambiental, a diferencia del rol del taller informativo, cuyo objeto es informar sobre el desarrollo del proyecto de inversión, y en el mismo no se reciben aún aportes ni sugerencias, pues su propósito es difundir las implicancias e impactos del proyecto de inversión entre la población afectada en el área de influencia.

Ahora bien recordemos que en los casos que existan desplazamiento de población indígena deberá atenderse lo dispuesto por el Convenio 169 de la OIT, y requerir el consentimiento libre e informado de los pueblos originarios afectados. En el supuesto que sean poblaciones locales no indígenas deberá aplicarse la Ley de Desplazamiento Interno, según la cual la reubicación debe ser la última alternativa, y se debe contar con el consentimiento de la población e indemnizarlas conforme ley. En ambos casos, la categoría del instrumento de gestión ambiental será III, esto es será un EIA detallado.

El seguimiento y control del instrumento de gestión ambiental en principio corresponde a la autoridad que aprobó el mismo, sin embargo, a mediano plazo, esta será una labor que deberá asumir el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) pudiendo aplicar las

sanciones administrativas cuando corresponda, tal y como se desprende del artículo 15º de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental. Actualmente el OEFA está facultado para fiscalizar el cumplimiento de los Estudios de Impacto Ambiental de los sectores de minería, hidrocarburos, electricidad, industria manufacturera y pesquería.

El artículo 16º de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, señala que el Ministerio del Ambiente es el encargado de dirigir y administrar el SEIA, sin embargo, la crítica señalada que para que ello sea realmente así, debería poder aprobar EIAs, o dejarlos sin efecto cuando descubra irregularidades en la aprobación de los mismos. A penas tiene la posibilidad de revisarlos aleatoriamente esta es una cuestión que a futuro se debe corregir en pro de un SEIA más fuerte y eficiente. Ciertamente, el nacimiento del SENACE busca superar dicha crítica sin embargo no logra hacerlo con solvencia pues solo se encargara de los Estudios de Impacto Ambiental detallados, que incluso pueden ser revisados y aprobados por el sector interesado por decisión del Consejo de Ministros, con lo cual queda como convidado de piedra el SENACE, que constituye solo una reforma incompleta e insuficiente del SEIA.

Por otra parte, no resulta tan feliz el numeral 2 del artículo 18 de la mencionada ley, la cual establece que: “salvo que la ley disponga algo distinto, la autoridad competente a la que se deberá solicitar la certificación ambiental será aquella del sector correspondiente a la actividad del titular por la que éste obtiene sus mayores ingresos brutos anuales.” Este es perverso no sólo porque quien decide es la autoridad que mayor interés tiene en promoverla, existiendo claramente intereses en conflicto. Lo técnicamente adecuado sería que la autoridad que otorgue la certificación ambiental sea la que genere mayores impactos negativos al ambiente, lo que no necesariamente coincide con los ingresos brutos anuales.

Un paliativo para solucionar este mal congénito de la norma, es que se solicitara opinión técnica al resto de sectores involucrados. La mencionada norma, también señala que “si el proyecto o actividad cuya certificación ambiental se solicita corresponda a otro sector, la autoridad receptora de la solicitud deberá requerir la opinión del sector competente. Dicho trámite deberá realizarse dentro del plazo establecido para la expedición de la certificación y no podrá generar pago adicional alguno al solicitante. El reglamento especificará el procedimiento intersectorial aplicable.” Si existiere conflicto de competencia positivo o negativo entre las entidades tendrán que recurrir al Tribunal de Solución de Controversias Ambientales previsto en el Decreto Legislativo N° 1013.

Finalmente, advirtamos que actualmente (2012), la adecuación al Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental ha quedado absolutamente a discreción y a la arbitrariedad de los sectores que se van adecuar, en tanto, que el MINAM no aprobado un nuevo cronograma. Así, lo real es que existe el incumplimiento de plazos de adecuación y eso debió generar responsabilidad administrativa. Hoy, la ausencia de apercibimientos o sanciones a las entidades que deben adecuarse ha dado como resultado que transcurrido más de un año desde que se debieron adecuar, ocho sectores ni siquiera cuentan con un reglamento de protección ambiental aprobado, y menos con opinión previa favorable del MINAM, lo que resulta vergonzoso, y debilita la institucionalidad ambiental del país.

1.5.3. LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

La implementación del Sistema de Evaluación e Impacto Ambiental requiere que todos los sectores productivos cuenten con reglamentos de protección ambiental, estándares de calidad ambiental y límites máximos permisibles para efectos de permitir que se pueda concretar un verdadero desarrollo sostenible que garantice el derecho a un ambiente sano y equilibrado, la calidad de vida y la salud de las poblaciones afectados por el proyecto de inversión. En ese sentido, cabe preguntarnos que se requiere para hacer funcionar determinado sistema y la respuesta es la adecuación de todos los sectores productivos al reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Impacto Ambiental aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, lo que implica una actualización de normatividad ambiental sectorial y en otros casos el nacimiento de la misma.

La importancia de la adecuación al Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, es que el mismo contiene los estándares ambientales de protección ambiental más avanzados contemplando instrumentos fundamentales como la Evaluación Ambiental Estratégica (EAE), valoración económica ambiental, causales de cancelación de certificación ambiental, la obligación de actualizar cada cinco años los estudios de impacto ambiental, precisa el contenido de los criterios de protección ambiental, lista los proyectos de inversión que requieren estudios de impacto ambiental en cada sector, aprueba los términos de referencia generales de las tres categorías de instrumento de gestión ambiental, uniformiza plazos de revisión y evaluación de los instrumentos de gestión ambiental; así como, consagra una mayor participación ciudadana de la población afectada por el proyecto. En ese sentido conviene reconocer que solo dos sectores han aprobado sus reglamentos de protección ambiental ciñéndose al dispositivo antes mencionado: el Ministerio de Vivienda, Saneamiento y Construcción que mediante el Decreto Supremo N° 015-2012-VIVIENDA aprueba su reglamento de protección ambiental de fecha 14 de setiembre de 2012 y, el Ministerio de Agricultura que mediante Decreto Supremo N° 019-2012-AG aprueba su reglamento de gestión ambiental de fecha 14 de noviembre de 2012.

Sin embargo, la situación del resto de sectores es penosa, puesto que no obstante que van a pasar ya más de tres años desde que se venció el plazo de adecuación al mencionado reglamento ningún sector salvo los antes mencionados han dado muestras de una real voluntad de actualizar su normatividad ambiental, y menos aprobar nuevos reglamentos de protección ambiental adecuados al Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM como a continuación lo resumimos en el siguiente cuadro:

SITUACIÓN DEL CUMPLIMIENTO A LA PRIMERA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL DEL DECRETO SUPREMO N° 019-2009-MINAM (SETIEMBRE 2014)					
AUTORIDADES COMPETENTES NACIONALES					
N°	SECTOR/ SUBSECTOR	MARCO LEGAL (FUNCIONES Y COMPETENCIAS: Certificación ambiental)	NORMATIVA GENERADA EN EL MARCO DE LA LEY DEL SEIA	ADECUACIÓN AL REGLAMENTO DEL SEIA	ACCIÓN PROPUESTA
1	MINISTERIO DE AGRICULTURA (Dirección General de Asuntos Ambientales)	Decreto Supremo N° 031-2008-AG. Reglamento de Organización y	MINAG no ha formulado una norma específica para la gestión ambiental en el sector agrario.	Cuenta con propuestas de Guías para elaboración de EIA, PAMA, DIA para monitoreo y vigilancia ambiental y para auditoría	APROBO REGLAMENTO DE GESTIÓN AMBIENTAL, MEDIANTE DECRETO SUPRENO N° 019-

		Funciones del Ministerio de Agricultura (Artículo 64°).	Cuenta con una propuesta de Reglamento de Participación Ciudadana para el sector. ⁶¹ Solo cuenta con una norma que lo faculta emitir opinión técnica previa a la aprobación de los EIA (Decreto Supremo N° 057-95-PCM).	ambiental. La DGAA del MINAG se comprometió a elaborar una propuesta de adecuación al SEIA	2012-AG.
2	MINISTERIO COMERCIO EXTERIOR Y TURISMO (Dirección General de Asuntos Ambientales)	Decreto Supremo N° 005-2002-MINCETUR. Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (Artículo 64°).	Registro de entidades autorizadas para elaborar estudios de impacto ambiental y otros instrumentos de gestión ambiental aplicables a las actividades del Sector Turismo (D.S. N° 010-2008-MINCETUR). Manuales de Buenas Prácticas Ambientales y Manuales Técnicos de Difusión	Propuesta de Reglamento Ambiental para el Desarrollo de las Actividades Turísticas; con observaciones del MINAM.	ACTUALIZAR EL MARCO NORMATIVO (GUÍAS, ELABORACIÓN Y APROBACIÓN DE SU REGLAMENTO DE PROTECCIÓN AMBIENTAL).
3	MINISTERIO DE DEFENSA (Dirección General de Capitanías y Guardacostas del Perú)	Ley N° 26620 Ley de Control y Vigilancia de las Actividades Marítimas, Fluviales y Lacustres. Decreto Supremo N° 028-DE/MGP de fecha 25 de mayo del 2001.	Inciso (d) del artículo 6° de la Ley N° 26620 y (f) del Reglamento de la citada Ley.	Establecen diversos artículos relacionados con la protección del ambiente, en ese contexto la Autoridad Marítima, considera los instrumentos de Gestión Ambiental relacionados con la Evaluación de Impacto Ambiental. Precisa Normas ambientales que establecen lineamientos para la elaboración de los Estudios de Impacto Ambiental, así como los procedimientos para su aprobación.	ACTUALIZAR EL MARCO NORMATIVO (GUÍAS, ELABORACIÓN Y APROBACIÓN DE SU REGLAMENTO DE PROTECCIÓN AMBIENTAL).
4	MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS/ SUB SECTOR ENERGIA (Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos)	D.S. N° 031-2007-EM, ROF del Ministerio de Energía y Minas (Artículos del 90° al 96°).	D.S. N° 015-2006-EM, Reglamento para la Protección Ambiental en las actividades de Hidrocarburos, modificado por DS N° 065-2006-EM, N° 009-2007-EM Y DS N° 024-2007-EM. ▪ DS N° 29-94-EM, Reglamento de Protección Ambiental en las actividades Eléctricas. ▪ RM N° 5335-2004-MEM-DM, Reglamento de Participación ciudadana para la	La DGAAE viene trabajando en la adecuación de su normativa sectorial a lo establecido en la normativa sectorial a lo establecido en la normativa del SEIA por lo que se va a modificar los Reglamentos de Protección Ambiental de las actividades de Hidrocarburos y Eléctricas.	ACTUALIZAR EL MARCO NORMATIVO (GUIAS, TUPAS, ENTRE OTROS ASPECTOS RELACIONADOS).

⁶¹ Memorando N° 401-11-AG-DVM-DGAA/jmp-55853-2011, de fecha 02-06-2011

			realización de actividades energéticas dentro de los procedimientos administrativos de evaluación de los Estudios Ambientales.		
5	MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS/ SUB SECTOR MINERIA (Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos)	ROF aprobado mediante Decreto Supremo N° 031-2007-EM, en su artículo 90°.	DS N° 016-93-EM, Reglamento del Título Decimo Quinto del TUO de la Ley General de Minería (28-04-1993), modificado por DS N° 059-93-EM (10-12-1993) ▪ Guías ambientales: Lineamientos para la elaboración de EIA y PAMA para el Subsector Minero, Resolución Directoral N° 035-95-EM	Se encuentra en proceso de actualización de su Reglamento de Protección Ambiental, así como sus procesos del TUPA y sus guías sectoriales.	ACTUALIZAR EL MARCO NORMATIVO (GUIAS, ACTUALIZAR EL REGLAMENTO DE PROTECCION AMBIENTAL, SUS TUPAS, ENTRE OTROS ASPECTOS).
6	MINISTERIO DE LA PRODUCCION / SUB SECTOR PESQUERIA (Dirección General de Asuntos Ambientales de Pesquería)	No tiene normativa específica, solo cuenta con un capítulo del Reglamento de la Ley de Pesca, DS N° 012-2001-PE, Ley de creación del Ministerio de la Producción. Ley 27779, Ley de Pesca y ROF aprobado mediante Decreto Supremo N° 61.	Resolución Ministerial N° 871-2008-PRODUCE, Guía para la elaboración de EIA en la actividad de acuicultura de mayor escala. ▪ Resolución Ministerial N° 352-20004-PRODUCE, Guía para la elaboración de EIA en la actividad acuícola. ▪ Resolución Ministerial N° 181-2009-PRODUCE, Guía para la actualización del Plan de Manejo Ambiental. ▪ Resolución Directoral N° 014-2003, Guía de orientación para el plan de actualización de manejo ambiental.	Se encuentra en proceso de actualización de su marco normativo, así como sus procesos del TUPA y sus guías sectoriales.	ACTUALIZAR EL MARCO NORMATIVO (GUIA, TUPAS, ENTRE OTROS ASPECTOS RELACIONADOS).
7	MINISTERIO DE LA PRODUCCION / SUB SECTOR INDUSTRIA (Dirección de Asuntos Ambientales de Industria)	Literales i), j) y k) del artículo 61° del Decreto Supremo N° 010-2006-PRODUCE	Decreto Supremo N° 019-97-ITINCI, Reglamento de Protección Ambiental para el Desarrollo de Actividades de la Industria Manufacturera.	Utiliza el clasificador internacional CIU para la certificación ambiental. ▪ No ha transferido competencias a los GORES. ▪ Su normativa no está adecuada a las normas del SEIA	ACTUALIZAR EL MARCO NORMATIVO (GUIA, TUPAS, ENTRE OTROS ASPECTOS RELACIONADOS).
8	MINISTERIO TRANSPORTE Y COMUNICACIONES SUB SECTOR TRANSPORTES (Dirección General de Asuntos Socioambientales)	DS N° 021-2007-MTC, ROF del MTC (Artículos del 73° al 77°).	Resolución Viceministerial N° 1079-2007-MTC/02, Lineamientos para la elaboración de Términos de Referencia de los EIA para proyectos de infraestructura vial. Resolución Directoral N° 030-2006-MTC/16, Guía Metodología de los procesos de consulta y participación ciudadana en la evolución ambiental y	La modificación del ROF del MTC asignara a la DGASA, funciones y competencias en materia de certificación ambiental del Viceministerio de Comunicaciones. El MINAM formulo comentarios y aportes a la propuesta de Reglamento de Protección Ambiental del MTC.	ACTUALIZAR EL MARCO NORMATIVO (GUIA, TUPAS, ENTRE OTROS ASPECTOS RELACIONADOS).

			social en el sub sector transporte. Resolución Directoral N° 012-2007-MTC/16, Lineamientos para la elaboración de EIA a nivel definitivo en proyectos portuarios.		
9	MINISTERIO TRANSPORTE Y COMUNICACIONES SUB SECTOR TRANSPORTES (Dirección General de regulación y Asuntos internacionales de Comunicaciones)	DS N° 021-2007-MTC, ROF del MTC no otorga funciones ni competencias en materia de certificación ambiental	No cuenta con normativa específica en el marco del SEIA.	La Ley N° 29370, LOF del MTC establece la necesidad de modificar el DS N° 021-2007-MTC, ROF del MTC, sin embargo, hasta la fecha no se ha realizado dicha modificación. ▪ DGASA del Viceministerio de Transportes ha presentado propuesta para asumir las funciones del subsector comunicaciones.	APROBACION DE ROF CON LAS FUNCIONES DE CERTIFICACION AMBIENTAL A DGASA, APROBACION DE GUIAS, TUPAS, ENTRE OTROS ASPECTOS.
10	MINISTERIO DE SALUD (Dirección General de Salud Ambiental)	Ley N° 27657, Ley del Ministerio de Salud y su ROF aprobado por Decreto Supremo N° 023-2005-SA	DL N° 27314, Ley de Residuos Sólidos, Art. 31° del 21-07-2000. DL N° 1065, modifica la Ley N° 27314 del 28-06-2008. DS N° 057-2004-PCM, Reglamento de la Ley 27314. Arts. 6° b) y 72° del 24-07-2004.	Nuevo TUPA aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-2009-SA. Precisa formular un Reglamento Sectorial en Evaluación de Impacto Ambiental y/o Reglamento de Protección Ambiental.	APROBACION DE REGLAMENTO DE PROTECCION AMBIENTAL, ASI COMO MARCO GUIAS, EL TUPA, ENTRE OTROS ASPECTOS.
11	MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO / SUB SECTOR VIVIENDA Y CONSTRUCCION (Oficina del Medio Ambiente)	Decreto Supremo N° 002-2002-VIVIENDA-ROF, Literal k) del artículo 27° y Literal h) del artículo 31°.	No tiene Reglamento Sectorial de Protección Ambiental ni de Evaluación de Impacto Ambiental.	Contaban con dos opiniones favorables del MINAM, la primera de ellas fue enviada a la Secretaria de la Presidencia del Consejo de Ministros para obtener su refrendo en el año 2010 sin recibir respuesta. No ha transferido funciones ni competencias a los GORES. VIVIENDA ha formulado una propuesta para la actualización a su listado de proyectos de inversión incursos en el SEIA.	APROBARON EL REGLAMENTO DE PROTECCION AMBIENTAL MEDIANTE DECRETO SUPREMO N° 015-2012-VIVIENDA

Fuente: basado en información del MINAM.

SITUACIÓN DEL CUMPLIMIENTO A LA PRIMERA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL DEL DECRETO SUPREMO N° 019-2009-MINAM
(SETIEMBRE 2014)

AUTORIDADES COMPETENTES LOCALES					
N°	AUTORIDADES COMPETENTES LOCALES	MARCO LEGAL (FUNCIONES Y COMPETENCIAS: Certificación ambiental)	NORMATIVA GENERADA EN EL MARCO DE LA LEY DEL SEIA	ADECUACIÓN AL REGLAMENTO DEL SEIA	ACCIÓN PROPUESTA
1	MUNICIPALIDAD METROPOLITANA DE LIMA	Ninguna	Ordenanza N° 1016-2007-MML aprueba el Sistema Metropolitana de gestión ambiental, dentro de esto regulan el tema de EIA.	El MINAM ha formulado comentarios y aportes a la propuesta de Ordenanza del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en la provincia de Lima.	Aprobación de las normas, transferencia de funciones y el fortalecimiento de capacidades.
2	MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL CALLAO	Ninguna	No existe normativa local sobre el SEIA	El MINAM ha formulado comentarios y aportes a la propuesta de Ordenanza del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en la provincia del Callao.	Aprobación de las normas, transferencia de funciones y el fortalecimiento de capacidades.

Fuente: basado en información del MINAM.

1.5.4. LITIGIO ESTRATÉGICO PARA HACER FUNCIONAR EL SEIA

El Litigio Estratégico desde los Gobiernos Regionales y las Entidades Prestadoras de Servicios Públicos para hacer funcionar el SEIA

El Perú es un país cuyo crecimiento económico depende del sector de energía y minas, y el Gobierno ha venido flexibilizando la normatividad ambiental acelerando el Procedimiento de aprobación de los Estudios de Impacto Ambiental como se observa al reducirse su plazo de 120 a 83 días (D.S. 060-2013-PCM), y al aplicar el Silencio Positivo para temas de Patrimonio Cultural en proyectos mineros (D.S. 054-2013-PCM). Es evidente que los Estudios de Impacto Ambiental- EIA debido a su aprobación apresurada estén pasando por alto salvaguardas socioambientales para garantizar un ambiente sano y equilibrado. En ese contexto, es absolutamente razonable que incluso sea una Empresa Prestadora de Servicios de Agua Potable como Tacna S.A. sea sumamente crítica con un EIA de la empresa minera Minsur S.A. que con sus actividades extractivas amenazan seriamente contaminar fuentes hídricas de las que se alimenta el servicio de agua potable en la Región de Tacna.

Así las cosas con fecha 24 de Enero del 2002 la empresa Tacna S.A. interpone una Acción de Amparo contra Minsur S.A., a fin de que suspenda la ejecución de las obras y actividades con relación al proyecto minero Pucamarca y que, como consecuencia de ello, cese la amenaza de violación de los Derechos al ambiente y al acceso al agua en condiciones saludables para los habitantes de la Provincia de Tacna hasta que se subsane las observaciones ex post efectuadas por Oikos Consultoría Ambiental S.A., luego de aprobado el EIA por el Ministerio de Energía y Minas . Sustenta su Demanda en que la incursión minera en dicho lugar podría comprometer la

calidad del agua, por la potencial contaminación que generan los materiales y sustancias peligrosas y dañinas utilizadas en la minería si es que no se toman en cuenta las observaciones de la consultora antes mencionada. La empresa Minsur S.A. alega que el EIA al encontrarse aprobado ya no puede ser objeto de observaciones extemporáneas, y solo puede ser cuestionado mediante un Proceso de Contencioso Administrativo. Por cierto, en paralelo el Gobierno Regional de Tacna inicio un Proceso Contencioso Administrativo con la intención de cuestionar dicho EIA. En primera instancia se declaró infundada la Demanda por estimar que el informe presentado por el Demandante no supone un real daño o amenaza de los intereses difusos que invoca, y en segunda instancia se declaró improcedente la demanda por el alto grado de complejidad del caso y falta de medios probatorios.

Tristemente el TC equivoca la senda cuando entiende que el Procedimiento Contencioso Administrativo resulta más idóneo que una Acción de Amparo para proteger al ambiente y al Derecho Agua, cuando lo que se discute no es un asunto de legalidad u aplicación de normas sino de abierta defensa a Derechos Fundamentales. Así mismo resulta lamentable que el TC señale que “ni la jurisdicción constitucional ni la E.P.S Tacna S.A. pueden subrogar a las dependencia del Ministerio de Energía y Minas- MINEM en materias que son propias de este último, como lo es la aprobación del EIA”, grotesco hierro puesto que se ha hecho evidente el iter del proceso que el actual Procedimiento de EIA tiene serias deficiencias principalmente de objetividad e independencia al ser el propio sector que concesiona, el que aprueba el EIA, cuestión que incluso ha sido la razón por la que se ha creado el SENACE, en cuya Exposición de motivos del Proyecto de Ley No 1461/2012-PE, p. 15 se lee lo siguiente: “Por ello, si se quiere asumir un cambio adecuado, sólido, técnicamente sustentado y que permita a su vez dar un mensaje político correcto, incluso en un escenario de conflictividad ambiental, marcado principalmente por temas vinculados a la desconfianza de la población en relación a los Estudios de Impacto Ambiental y la fiscalización, se requiere responder a principios fundamentales, que generen un marco institucional y un proceso modelo que permita regenerar la credibilidad en el instrumento de gestión ambiental y en los procedimientos para su aprobación. Es en este escenario que se ha elaborado el Proyecto de Ley de creación del Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles- SENACE (...)”.

En ese sentido, correspondía que mínimamente el TC ordene la revisión y actualización del EIA de la Minera Minsur S.A puesto que el deber de salvaguardar el Derecho a un Ambiente Sano y Equilibrado es de tal magnitud e intensidad por los intereses difusos en juego que no cabía otra cosa que ello al amparo del numeral 22 del Artículo 2 de la Constitución. No solo ello sino que pudo acudir, si quería, a normatividad reglamentaria de protección ambiental que aplicaba a EIA que tienen una antigüedad mayor a los cinco(5) años, teniendo en cuenta que la Resolución Directoral 256-2009-MEM/AAM, que aprueba el EIA superado el citado plazo por lo que había que actualizarlo y en ese proceso podían incorporarse las observaciones efectuadas por E.P.S. Tacna S.A. al amparo del Artículo 30 del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, y el artículo 128 del Decreto Supremo 040-2014-EM.

En una evidente falta de sensibilidad ambiental se señala que la “E.P.S Tacna S.A. tampoco se encuentra facultada a fiscalizar, mutu proprio, el EIA de Minsur .S.A., que fuera en su momento aprobado por las entidades competentes del MINEM”. Ello evidentemente demuestra la falta de conocimiento del TC del Derecho a la Vigilancia Ciudadana previsto en el artículo 134 de la Ley N° 28 611 Ley General del Ambiente que señala: que la participación ciudadana puede adoptar la

forma de fiscalización y control vía interpretación o aplicación de estudios o evaluaciones ambientales efectuadas por otras instituciones, por lo tanto, la demandante estaba plenamente legitimada para cuestionar el EIA aprobado especialmente teniendo en cuenta su Derecho a participación en la gestión ambiental previsto en el artículo III del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente.

Felizmente no nos defrauda el voto singular de Blume Fortini y Ledesma Narvaes que con mayor criterio sostienen que: “ en el caso de autos, la prevención debe ser mayor, pues se alega la eventual contaminación del canal de Ushusuma, que constituye una de las principales fuentes de agua para el consumo humano utilizado por la E.P.S. Tacna S.A. para prestar el servicio de agua potable a la población de Tacna”, por lo que debió ponerse el mayor celo posible en salvaguardar el ambiente en aplicación del principio de prevención para evitar daños ambientales no solo para generaciones presentes sino también las futuras. Ello sostienen que el juzgador tienen la obligación de tener un especial celo y cuidado en el análisis y la comprobación de situaciones generadoras de la amenaza o daño medio ambiental, debiendo utilizar todo medio procesal para procurarse una convicción sobre la certeza e inminencia de la amenaza invocada. Solo así se procura una verdadera garantía de vigencia efectiva de los derechos fundamentales, en armonía con los cánones consagrados por el legislador constituyente. Solo me queda aplaudir dicha postura que comparto plenamente, estos son pues verdaderos guardianes de los Derechos Fundamentales.

El gran aporte de esta sentencia está en el Décimo Primero considerando del voto singular que señala que el Juez debe utilizar para dilucidar si hay vulneración del Derecho Constitucional o si la amenaza es cierta o eminente, según el caso, contemplando la eventual realización de actuaciones probatorias que consideren indispensables, la incorporación de medios probatorios sobre hechos nuevos; la citación de audiencia única de las partes y sus abogados para realizar los esclarecimientos que estime necesarios, o el pedido de informes o documentos para llegar a una resolución que ponga fin a la controversia. Esto es no basta con tan solo decir que al existir supuestamente alta complejidad probatoria el Juez Constitucional puede relevarse de su deber de proteger Derechos Fundamentales, sino que debe previamente agotar todo mecanismo procesal que le permita resguardar un Derecho Constitucional. En ese sentido, fallan bien cuando señalan “que es contrario a la obligación de actuar con especialísima cautela en los procesos en los que se invocan amenaza de violación del Derecho a vivir en un Ambiente Sano y Equilibrado en el desarrollo de la vida, conlleva, a nuestro juicio la nulidad de todo lo actuado hasta el auto de tráigase a despacho para sentenciar (...) y la actuación probatoria que corresponda para procurar una mejor convicción”. Es afortunado el razonamiento antes citado pues empieza a sentar una línea jurisprudencial, por ahora minoritaria, bajo la cual existe un deber funcional del juez constitucional de tener especial atención por el ambiente y los intereses difusos asociados a este, y por tanto, se hace necesario que utilice toda actuación procesal que pueda llevarlo a la mayor convicción posible.

El Litigio Estratégico desde organizaciones sin fines de lucro para hacer funcionar el SEIA

El litigio estratégico es un medio e instrumento muy importante para la expansión la ampliación de derechos e incidencias en políticas de Derechos Humanos. Por eso, se debe entender al litigio como un instrumento de incidencia e invocar el derecho internacional de los Derechos Humanos para demandar la protección jurisdiccional de personas y grupos son prácticamente novedosos. Se

trata de una tendencia marcada por el impulso de las organizaciones de la sociedad civil y por innovadoras decisiones judiciales que han abierto camino para la utilización generalizada del derecho internacional de los derechos humanos.⁶²

El Litigio Estratégico es conocido también como “Litigio paradigmático, litigio de interés público o de las causas justas, esto es debido a los efectos que genera, ya que rebasa los intereses personales de las partes, generando un bien a toda la sociedad, un beneficio integral ya que no solo puede realizarse por abogados sino por organizaciones, instituciones académicas, asociaciones de abogados e incluso, de otras profesiones pero todo dependiendo del tema del que se trate. La elección de los casos ha estado siempre vinculada a la posibilidad de que el litigio que se emprende sea también una iniciativa del grupo social que lo demanda, porque allí radica la apuesta de que los derechos se expandan y se aseguren en la arena política democrática⁶³

En ocasiones, este tipo de litigio busca, ante la omisión estatal, activar procesos de toma de decisión de políticas públicas o impulsar reformas de los marcos institucionales y legales en que éstas se desarrollan.⁶⁴

Se entiende por litigio estratégico aquel que tiene por objeto alcanzar determinados objetivos y metas a través de la utilización de procesos judiciales sistemáticamente articulados para el logro de estos. En ese sentido, el litigio estratégico para hacer funcionar al SEIA implica la interposición de acciones legales con el objeto de ponerlo en marcha, lo cual no implica necesariamente la obtención de una sentencia favorable; si no, además la presión que significa para el sector competente la interposición de una demanda que tiene por objeto hacerle cumplir sus obligaciones entre ellas, la adecuación al Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM. En consecuencia ya el solo hecho de interponer una demanda puede significar un catalizador para efectos de dar cumplimiento a la normatividad ambiental por parte de un sector que al verse presionado judicialmente opta por implementar la normatividad que se reclama.

Volviendo al cuadro anterior, se observa de que casi la totalidad de sectores no se han adecuado a la Ley del Sistema Nacional de Evaluación Ambiental y su reglamento cuyo plazo ya había vencido el 25 de marzo del 2010, y esta situación se mantiene hasta la actualidad (enero del 2013), salvo el caso del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento y el Ministerio de Agricultura, sin que nada haya podido hacer el Ministerio del Ambiente (MINAM) para que los diversos sectores productivos se adecuen, pues la discrecionalidad que tienen los mismos les permite semejante atropello, ello pese a que el artículo 80º del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, facultaba al MINAM para que denuncie tamaña omisión de funciones tanto en el Ministerio Público como ante la Contraloría General de la República.

⁶² Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Litigio estratégico y derechos humanos La Lucha por el Derecho. Siglo Veintiuno, Argentina, 2008, p. 14.

⁶³ Ibídem, p. 18

⁶⁴ Ibídem, p. 25

Los dos últimos párrafos del artículo 80º del Decreto Supremo No 019-2009-MINAM: "En caso de encontrarse evidencia acerca de la posible comisión de un delito, el hecho será puesto en conocimiento de la Fiscalía Ambiental o de la Prevención del Delito, según corresponda. Si como resultado de la vigilancia se identifican posibles infracciones a las normas y disposiciones del SEIA, los hallazgos obtenidos deben ser comunicados a la autoridad a cargo de las funciones de fiscalización y sanción correspondientes, para las acciones que correspondan de acuerdo a ley."

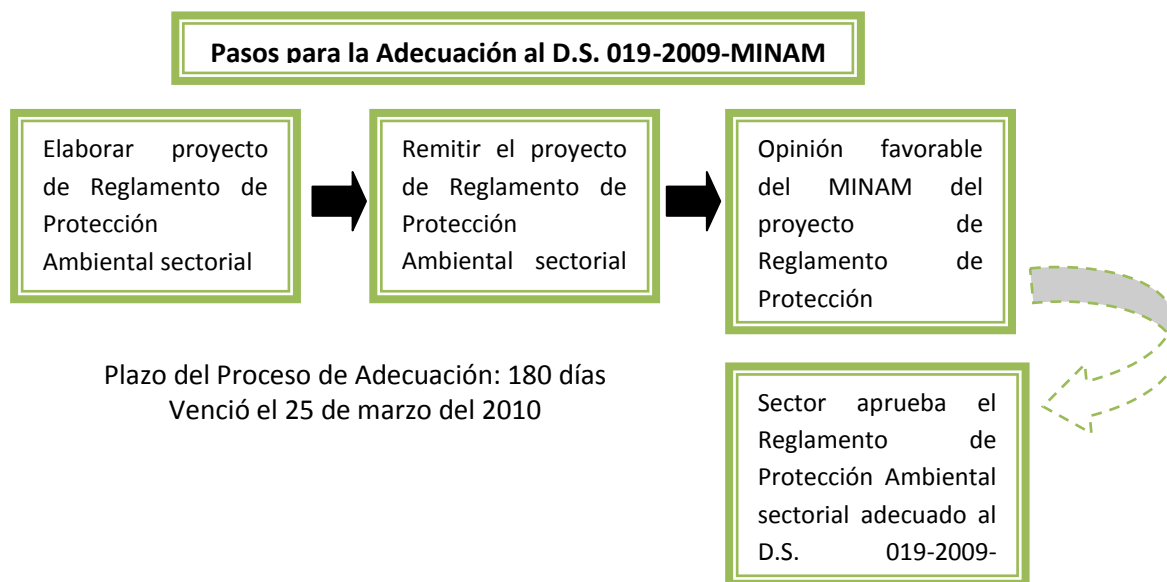
Adviértase que el IDLADS estuvo realizando un paciente seguimiento al cumplimiento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, desde el año 2009, e insistió por su reglamentación correspondiente ante el MINAM, la que acaeció en septiembre de ese año, pero su adecuación a la misma

quedo postergada hasta el 25 de marzo del 2010, periodo en el cual se exhorto al Ministerio de Salud (MINSA), Ministerio de Transporte y Comunicaciones (MTC), Ministerio de Energía y Minas (MINEM), entre otros para que se adecuen.

La Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) estableció que las autoridades competentes, en un plazo no mayor a ciento (100) días calendarios contados a partir del día siguiente de publicado el citado reglamento, bajo responsabilidad, deben elaborar o actualizar sus normas relativas a la evaluación de impacto ambiental, en coordinación con el Ministerio del Ambiente, adecuándola a lo dispuesto en el citado reglamento. Este plazo venció el 25 de marzo del 2010, y en marzo del 2012, se cumple el segundo año de incumplimiento."

Posteriormente, como adelantamos ningún sector se adecuo, ante la impotencia del MINAM, lo cual nos llevo a diseñar una estrategia legal para implementar la reglamentación del SEIA, en búsqueda de garantizar el resguardo del derecho a un ambiente sano y equilibrado, el derecho a la salud, y la participación ciudadana.

Advirtamos que la implementación de la norma implicaba cuatro tiempos claramente definidos, la primera etapa era la elaboración del proyecto de reglamento de protección ambiental que era obligación del sector competente, la segunda etapa la constituye la relativa a la opinión favorable que tiene que dar el MINAM al proyecto, y finalmente, la última etapa consistía en la aprobación del reglamento de protección ambiental por el sector competente. En ese sentido, había que pensar en una acción legal para que cada una de esas etapas se lleve adelante, y burlar y superar la aparente condicionalidad de la norma. Así, IDLADS elaboro una estrategia que permita implementar estas cuatro etapas, en siete (07) sectores con competencias ambientales distintas, con obligaciones distintas, de acuerdo a su estatus y obligaciones legales.



La relevancia de los siete (07) procesos constitucionales de cumplimiento reside en que promueven la implementación del sistema nacional de evaluación de impacto ambiental, y su interposición se justificó ante la incapacidad congénita del MINAM para hacer cumplir sus propias normas, y la necesidad de una reforma del ente rector del ambiente, cuyas limitadas facultades lo convierten en una autoridad tan debilitada que la gestión ambiental naufraga en las buenas intenciones de normas incumplidas.

1.5.5. LA ACCIÓN JUDICIAL QUE LE RECORDÓ AL MINISTERIO DEL AMBIENTE SU CALIDAD DE ENTE RECTOR DEL SEIA

1.5.5.1. ANTECEDENTES DEL MINISTERIO DEL AMBIENTE EN LA REGION SUDAMERICANA

Antes de que aparezca el Ministerio del Ambiente en el Perú dicho organismo o su equivalente en el Poder Ejecutivo fue apareciendo en otros países de la región como a continuación reseñaremos:⁶⁵

- A. BRASIL.-** En Brasil, la exigencia de la realización del Estudio de Impacto Ambiental, tiene carácter constitucional. La actual normativa data de 1986 y tuvo su origen en una Resolución de CONAMA, Consejo Nacional de Medio Ambiente. El Instituto Brasileño del Medio Ambiente (IBAMA) del Ministerio de Ambiente, es el ente encargado de conceder las licencias o permisos (incluyendo la aprobación de los estudios de impacto ambiental) a los proyectos que pasan por el sistema, el cual es federal. Hay tres tipos de licencias: a) Licencia Previa, b) Licencia de Instalación y c) Licencia de Operación.

⁶⁵ Dictamen en materia recaído en los proyectos de ley 0180/2011-CR, 593/2011-CR y 77/2011-GR P, que propone el texto sustitutorio de la Ley que regula el nuevo régimen del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental y fortalece el Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, deroga la Ley 27446 y modifica la Ley 29325, Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología, de fecha 26 de junio de 2012, p. 37-39.

- B. COLOMBIA.-** La autoridad Nacional de Licencias ANLA, creada mediante el Decreto 3573 de 2011, tiene como objeto garantizar el desarrollo sostenible del país, a través del otorgamiento de licencias (aprobación de estudios ambientales), permisos o trámites ambientales, en concordancia a la normatividad vigente, a todo proyecto, obra o actividad que así lo requieran. La aprobación de las licencias ambientales se encuentra a cargo de la Autoridad Nacional de Licencias ANL, órgano adscrito al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.
- C. ECUADOR.-** Mediante Ley 1630 transfiere las funciones al Ministerio de Ambiente, transfiere a dicho Ministerio, todas las competencias, atribuciones, funciones y delegaciones que en materia ambiental ejerza la Subsecretaría de Protección Ambiental del Ministerio de Energía, Minas y Petróleos, la Dirección Nacional de Protección Ambiental Minera. Actualmente, la Subsecretaría de Calidad Ambiental del Ministerio de Ambiente analiza los términos de referencia y notifica al proponente con su aprobación del Estudio de Impacto Ambiental (EIA) y el Pla de Manejo Ambiental del Proyecto – PMA.
- D. CHILE.-** Para este caso su reglamentación de EIA, se basa en la Ley de Bases 19300, para proyectos listas se realiza en las comisiones regionales COREMA, y si este proyecto tienen impacto para más de dos regiones, lo realiza el Ministerio de Ambiente antes CONAMA en ambos casos a través de una comisión multisectorial y con la participación del gobernante provincial y el director de la CONAMA Regional.
- E. EL SALVADOR.-** El Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales es el encargado de aprobar los estudios ambientales. Los artículos 21°, 22°, 23° y 24° de la Ley de Medio Ambiente, se establece la competencia del mencionado Ministerio.
- F. GUATEMALA.-** El Ministerio del Medio Ambiente y Recursos Naturales es el encargado de aprobar los estudios de impactos ambientales. Decreto Ley 68 86 – Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente.
- G. BOLIVIA.-** Con la promulgación de LMA 1333, se estableció el marco regulador general para proteger y conservar el medio ambiente y los recursos naturales promoviendo un desarrollo sostenible. Para tal efecto la LMA crea un marco institucional para la planificación y gestión ambiental. Inicialmente Ministerio de Desarrollo, y hoy el Ministerio de Ambiente y Agua.
- H. REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA.-** Decreto 2, 623 que aprueba el Reglamento Orgánico del Ministerio de Ambiente y de los Recursos Naturales señala a la letra: “evaluar y acreditar los estudios de impacto ambiental y socio cultural de aquellas actividades capaces de degradar el ambiente. La facultad corresponde al Ministerio del Poder Popular para el Ambiente a través de la Oficina Administrativa de Permisos”. Como puede apreciarse del recuento realizada del marco jurídico comparado se colige la existencia de la tendencia mayoritaria a asignar las funciones en cuanto al otorgamiento de las facultades para otorgar autorizaciones o licencias ambientales, en los diferentes proyectos de inversión, a una entidad similar al Ministerio de Ambiente, de nuestro país. Corroboran lo mencionado los modelos de países vecinos como Brasil, Colombia, Ecuador, El Salvador,

Guatemala, Bolivia y Chile, con la participación de entidades gubernamentales, y la República Bolivariana de Venezuela. Con la propuesta entonces el Perú pertenecería, ahora sí, al grupo de países que confieren una importancia medular al tema medioambiental, no solo a través de la creación de un Ministerio, sino dotándolo de funciones y de recursos para la optimización y eficacia en las competencias y atribuciones que se le confieren.

1.5.5.2. MINISTERIO DEL AMBIENTE COMO ENTE RECTOR DEL SEIA

Ha corrido mucha agua bajo el puente, luego de que se aprobara el Código de Recursos Naturales y Medio Ambiente (1990), y que años más tarde se creara el Consejo Nacional del Ambiente (1994) como ente coordinador del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, y la resistencia del sector empresarial de implementar instrumentos de gestión ambiental por elevar sus costos, y un Estado, que flexibilizo las normas ambientales con el objeto de atraer mayores inversiones privadas que promuevan el empleo, y así, superar la crisis económica que afrontaba nuestra patria. Posteriormente, cuando el Perú se convirtió en una de las economías de mayor crecimiento en la región, superada la recesión que lo agobio a principios del siglo XXI, y existía la necesidad de llevar adelante el más grande proyecto energético del país: el proyecto Camisea, y además suscribir el Tratado de Libre Comercio con EE.UU. Ambos, más allá de la tendencia regional de establecer una autoridad nacional ambiental, fueron los verdaderos detonantes para el establecer una Ministerio del Ambiente, que fue uno de los principales demandas derivadas de los conflictos socio ambientales del Proyecto Camisea, y que recién verían luz verde, a partir de la necesidad de implementar el Capítulo XVIII de Medio Ambiente del TLC con EE.UU, que se traducirían en el famoso Decreto Legislativo N° 1013, que crea el Ministerio del Ambiente (MINAM).

El MINAM es constituido como un organismo del Poder Ejecutivo cuya función general es diseñar, establecer, ejecutar y supervisar la política nacional y sectorial ambiental, asumiendo la rectoría de la misma. El objeto de este Ministerio es la conservación del ambiente, de modo que se propicie y asegure el uso sostenible, responsable, racional y ético de los recursos naturales y del medio que los sustenta, que permita contribuir al desarrollo integral social, económico y cultural de la persona humana, en permanente armonía con su entorno, y así asegurar a las presentes y futuras generaciones el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida. Empero nace en el lugar y momento equivocados, pues al constituirse como resultado de la apremiante necesidad de implementar un TLC, y al ser concebido como una entidad dependiente del Poder Ejecutivo, tiene una alta carga política, desdeñándose su rol especializado en asuntos técnicos, que no están asociados a la coyuntura económica, política o social, sino a criterios científicos objetivos.

El MINAM, como consecuencia de la implementación del Tratado de Libre Comercio, es adicionalmente garante del cumplimiento del Capítulo XVIII del mencionado tratado, especialmente su artículo 18.3.2, que señala que “las partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en sus respectivas legislaciones ambientales. En consecuencia, una Parte no dejará sin efecto o derogará, ni ofrecerá dejar sin efecto o derogar, dicha legislación de manera que debilite o reduzca la protección otorgada por aquella legislación de manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes.” Y es lo que no está haciendo el MINAM cuando el entonces

Ministro Antonio Brack (2008-2011), apoyaba el Proyecto de Ley 4335/2010-PE, que debilitaba el proceso de evaluación de impacto ambiental en el sector eléctrico, y el Decreto de Urgencia N° 001-2011, y su modificatoria que tenía el mismo propósito, esto es eliminar la exigencia de la EIA aprobado como requisito previo para entregar una concesión definitiva en el sector eléctrico, haciendo tabla rasa del numeral h del artículo 25 de la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley N° 25844.

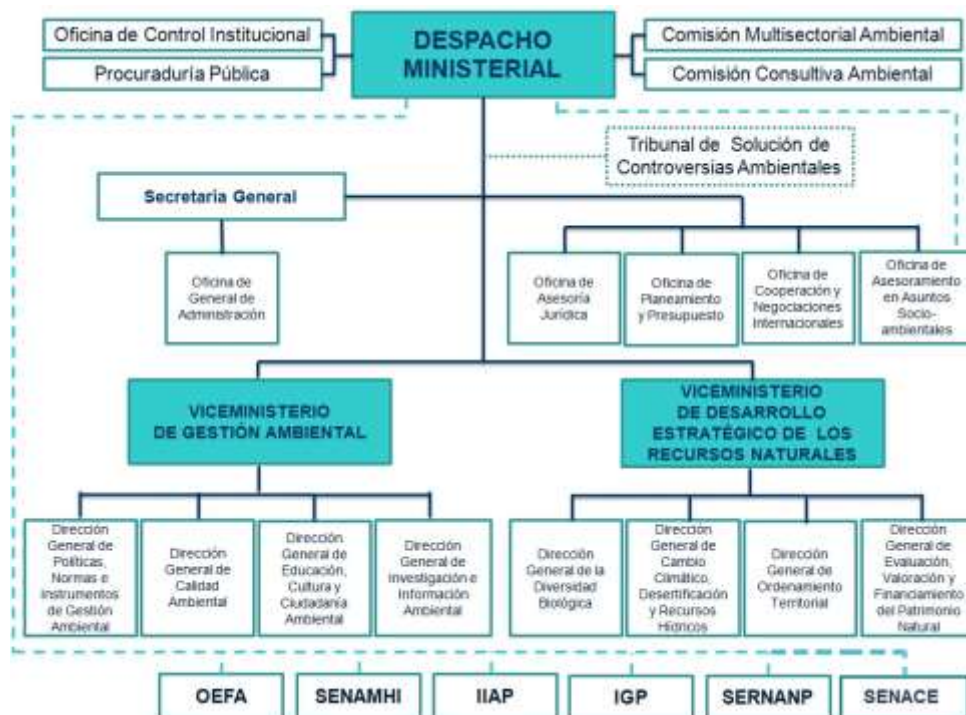
El MINAM, según su norma de creación, tiene los siguientes objetivos que de una manera crítica veremos si están cumpliendo:

- a) **Asegurar la conservación y el uso sostenible de los recursos naturales, la diversidad biológica y las áreas naturales protegidas así como el desarrollo de nuestra Amazonía.** Ello lo realizan a través del SERNANP, empero al no brindarse opinión en varios pronunciamientos técnicos alegando una opinión previa, se incumple este objetivo en el caso de los Términos de Referencia del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto de prospección sísmica 3D y perforación de 21 pozos exploratorios en el lote 39 de Repsol que puede afectar a la Reserva Nacional Pucacuro (enero, 2012), o al no haberse vuelto a revisar la opinión de compatibilidad para Proyecto de Exploración Sísmica 2D en el lote 108 de Pluspetrol que puede afectar el Bosque de Protección San Matías San Carlos, y su Zona de Amortiguamiento, además de la Zona de Amortiguamiento de la Reserva Comunal Yanesha y Zona de Amortiguamiento de la Reserva Comunal Machiguenga (febrero, 2011), por citar dos ejemplos, en donde a nuestro criterio debió pronunciarse el SERNANP, aprovechando esta instancia para revisar opiniones anteriores vertidas sobre el tema.
- b) **Asegurar la prevención de la degradación del ambiente y de los recursos naturales y revertir los procesos negativos que lo afectan.** Este es otro objetivo que no viene cumpliendo al no tener aprobados hasta la fecha (mayo 2012) los límites máximos permisibles por la contaminación sonora ocasionada por sobrevuelo de aviones en zonas urbanas, o al aprobar el Decreto Supremo N° 010-2011-MINAM, que modifica lo establecido en el Decreto Supremo N° 023-2009-MINAM, permitiendo ahora que las empresas que desarrollaran actividades que necesitaran planes de manejo de gestión ambiental, y no los hayan cumplido hasta diciembre del 2010 tenga un plazo adicional para implementarlos que expira en el 2015.
- c) **Promover la participación ciudadana en los procesos de toma de decisiones para el desarrollo sostenible.** Lamentablemente, uno de los temas más descuidados por el MINAM es promover la participación ciudadana en el marco de los Estudios de Impacto Ambiental, y haciendo que cada sector apruebe un reglamento de participación ciudadana sectorial con sus respectivas sanciones en caso de incumplimiento.
- d) **Contribuir a la competitividad del país a través de un desempeño ambiental eficiente.** Otro objetivo que viene incumpliendo el MINAM puesto que a la fecha no ha podido implementar el Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, tampoco ha aprobado un régimen común de sanciones ni el reglamento de incentivos.
- e) **Incorporar los principios del desarrollo ambiental en las políticas y programas nacionales.** Aún el MINAM no ha podido siquiera hacer cumplir los lineamientos establecidos en la Política

Nacional del Ambiente, y ello ha ocurrido, por su nula capacidad sancionadora sobre los sectores que deben cumplirla así como la ausencia de una verdadera voluntad política, sino baste con recordar como la reforma para que el MINAM apruebe los estudios de impacto ambiental se archivo, cuando cesaron al Ministro del ambiente Ricardo Giesecke Sara – Lafosse, que sólo duro cinco (05) meses (28 de julio – 11 de diciembre 2011).

Advirtamos que el MINAM tiene dentro de su competencia, desarrollar, dirigir, supervisar y ejecutar la política nacional del ambiente y tiene por función promover la conservación y el uso sostenible de los recursos naturales, la diversidad biológica y las áreas naturales protegidas, y ello a duras penas puede realizarlo, siendo el SERNANP, en realidad el gran sacrificado cuando se enfrenta a las presiones que sufren los espacios protegidos por actividades productivas, de las cuales no siempre ha salido bien librado. Ciertamente, en teoría, el poder de dirección y regulación de este ente ambiental comprenderá acciones técnico-normativas de alcance nacional, especialmente en el ámbito de fiscalización, control y la potestad sancionadora por incumplimiento de normas ambientales, la misma que puede ser ejercida a través de sus organismos públicos correspondientes como el OEFA y el SERNANP. Empero, el problema es que el OEFA carece de capacidad sancionadora para además de supervisar a las entidades ambientales poder sancionarlas, y además aún no puede sancionar a los administrados pues la transferencia de funciones aún no se ha completado, y por otra parte, aún no tienen la capacidad instalada suficiente si quiera para ejercer la que se las ha transferido, específicamente en el caso de energía y minas.

ORGANIGRAMA DEL MINISTERIO DEL AMBIENTE



Fuente: elaboración propia basado en el Decreto Legislativo 1013 y la Ley de creación del SENACE – Ley N° 1461.

La gestión ambiental es un proceso permanente y continuo, constituido por el conjunto estructurado de principios, normas técnicas, procesos y actividades, orientado a administrar los

intereses, expectativas y recursos relacionados con los objetivos de la política ambiental y alcanzar así, una mejor calidad de vida, el desarrollo integral de la población, el de las actividades económicas y la conservación del patrimonio ambiental y natural del país que se estructura fundamentalmente sobre el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, y el Sistema Nacional de Información Ambiental.

El Sistema Nacional de Gestión Ambiental se basa fundamentalmente en el carácter descentralizado y transectorial de la gestión socio-ambiental, así como en el principio de coordinación interinstitucional y la participación ciudadana, lo que implica una coordinación muy estrecha entre el gobierno central, y los gobiernos regionales y locales, caso contrario, se repetirán casos como el de Majes Siguanilla II, Tía María o Conga, todos con resultados negativos para la gestión ambiental, y la gobernabilidad del país.

Una de las labores más importantes que se le exige al MINAM es emitir opinión técnica previa sobre la regulación de los instrumentos de gestión ambiental con el fin de uniformizarlos en todos los sectores, especialmente porque estos son mecanismos orientados a la ejecución de la política ambiental y sirven para la planificación, promoción, prevención, control, corrección, información, financiamiento, participación y fiscalización en materia ambiental de conformidad con el numeral 1 del artículo 17º de la Ley General del Ambiente, dada por Ley Nº 28611, y sus modificatorias. Advirtamos que el instrumento de gestión ambiental más utilizado son los **Estudios de Impacto Ambiental-EIA**, que contienen una descripción de la actividad productiva, propuesta y de los efectos directos o indirectos previsibles de dicha actividad en el medio ambiente físico y social, a corto y largo plazo, así como la evaluación técnica de los mismos. Donde deben indicarse las medidas necesarias para evitar o reducir el daño a niveles tolerables e incluir un breve resumen del estudio para efectos de su publicidad.

Sin embargo para que ello sea posible el MINAM debería poner en vereda a las autoridades ambientales sectoriales que se niegan a exigir a sus administrados estudios de impacto ambiental y participación ciudadana bajo el argumento que ello retrasaría el crecimiento de la actividad productiva y encabezan esta línea de pensamiento: el sector turismo,⁶⁶ agricultura y saneamiento. Empero lo peor en estos sectores es que no existen normas sancionadoras para los agentes que con su actividad dañen al ambiente ni tampoco incentivos para que adecuen sus actividades económicas. Allí, el reglamento de sanciones e incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, jugara un rol fundamental, al resolver este vacío legal.

En el caso de que la actividad económica se encuentre ejecutándose, la autoridad sectorial competente puede aprobar **Programas de Adecuación y Manejo Ambiental** - PAMA, para facilitar la adecuación de una actividad económica a obligaciones ambientales nuevas, debiendo asegurar su debido cumplimiento en plazos que establezcan las respectivas normas, a través de objetivos de desempeño ambiental explícitos, metas y un cronograma de avance de cumplimiento, así como las medidas de prevención, control, mitigación, recuperación y eventual compensación que corresponda. Los informes sustentatorios de la definición de plazos y medidas de adecuación, los informes de seguimiento y avances en el cumplimiento del PAMA, tienen carácter público y deben

⁶⁶ Solo cuentan con un Proyecto de Reglamento de Protección Ambiental de la actividad turística pre publicado en el diario Oficial "El Peruano" con fecha 13.10.08 y que siendo mayo 2012 aún no se ha implementado.

estar a disposición de cualquier persona interesada de conformidad con el artículo 26º de la Ley General del Ambiente.

El problema con este tipo de instrumentos de gestión ambiental es que se suele acudir a ellos para efectos de prorrogar los compromisos ambientales que el titular de una operación económica tiene con la población. El asunto se complica cuando la actividad económica contaminante es el sustento de la población y al mismo tiempo la causa de sus principales problemas de salud o salubridad, y el desarrollo de la actividad minero metalúrgica en la Oroya ha sido un claro ejemplo de ello. La experiencia nos ha enseñado que la ampliación de los plazos de los PAMAs puede ser el inicio de un perverso ciclo de destrucción del ambiente y perjuicio irreparable a la salud humana. De ahí que el numeral 2 del artículo 26º de la Ley General del Ambiente precise que el incumplimiento de las acciones definidas en los PAMA, sea durante su vigencia o al final de éste, se sanciona administrativamente, independientemente de las sanciones civiles o penales a que haya lugar. En consecuencia el Ministerio Público deberá iniciar las acciones penales que correspondan en caso de incumplimiento de los PAMAs independientemente de las acciones administrativas y civiles que se implementen por parte de las autoridades sectoriales.

Ahora bien, la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, y su reglamento, no contemplan ya los PAMAs, pues se aspira a que no empiece ninguna actividad sin certificación ambiental previamente aprobada, lo que ciertamente sería un avance notable en la gestión ambiental, aunque valgan verdades, son muchos los sectores que no se encuentra adecuado a instrumentos de gestión ambiental tal como se observa en el sector de energía y minas (minería artesanal), industria, pesquería, turismo y transporte. La propia capital, fue testigo de cómo el Metropolitano, inicio sus obras sin EIA aprobado, o el Tren Eléctrico, tiene trazos sin certificación ambiental aprobada, y ni que decir de la ausencia de compensaciones ambientales y económicas a las poblaciones afectadas por ambos proyectos. Como colofón, podríamos llamar la atención sobre la planta de cemento de UNICON, que opero durante más de una década en el Cercado de Lima, y el límite de Breña, sin certificación ambiental, generando contaminación ambiental y sonora en la población aledaña, e increíblemente funcionando al costado del Instituto Nacional de Oftalmología (INO). Virando al Callao, encontramos el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, con un EIA desactualizado, y sin que se haya mitigado el ruido que ocasiona por el sobrevuelo de los aviones en los distritos de Carmen de la Legua, Bellavista, la Perla y San Miguel.

Advirtamos que los titulares de todas las actividades económicas deben garantizar que al cierre de actividades o instalaciones no subsistan impactos ambientales negativos de carácter significativo, debiendo considerar tal aspecto al diseñar y aplicar los instrumentos de gestión ambiental. El MINAM, en coordinación con las autoridades ambientales sectoriales, debe establecer disposiciones específicas sobre el cierre, abandono, post-cierre y post-abandono de actividades o instalaciones, incluyendo el contenido de los respectivos planes y las condiciones que garanticen su adecuada. Por otra parte, existirán casos en que por lo súbito y significativo del daño ambiental ocasionado por causas naturales o tecnológicas, el MINAM, en coordinación con el Instituto Nacional de Defensa Civil y el Ministerio de Salud u otras entidades con competencia ambiental, debe **declarar la Emergencia Ambiental** y establecer planes especiales en el marco de esta Declaratoria. Por ley y su reglamento se regula el procedimiento y la declaratoria de dicha Emergencia.

El MINAM en coordinación con las autoridades competentes, puede dictar normas ambientales transitorias de aplicación específica en zonas ambientalmente críticas o afectadas por desastres, con el propósito de contribuir a su recuperación o superar las situaciones de emergencia como sería el caso de las zonas donde sean identificados pasivos ambientales mineros e hidrocarburíferos. Su establecimiento, no excluye la aprobación de otras normas, parámetros, guías o directrices, orientados a prevenir el deterioro ambiental, proteger la salud o la conservación de los recursos naturales y la diversidad biológica y no altera la vigencia de los ECA y LMP, tal y como lo establece el artículo 29º de la Ley General del Ambiente.

Ahora bien, el MINAM en el proceso de elaboración de los ECA, LMP y otros estándares o parámetros para el control y la protección ambiental debe tomar en cuenta los establecidos por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o de las entidades de nivel internacional especializadas en cada uno de los temas ambientales como sería el caso de los ECA y LMP para áreas naturales protegidas o u otras formas de estrategias de conservación in situ, o zonas especialmente afectada por pasivos ambientales como sería el caso del Callao o Surco por la contaminación sonora ocasionada por el sobrevuelo de aviones. Y que ocurrirá, en los casos que no se hayan establecido ECA o LMP a nivel nacional, en dichas circunstancias el MINAM, en coordinación con los sectores correspondientes, dispondrá la aprobación y registrará la aplicación de estándares internacionales o de nivel internacional equivalentes de conformidad con el numeral 3 del artículo 33º de la Ley General del Ambiente, cuestión que hasta ahora nunca ha hecho, ni siquiera cuando se le reclamo dicho hecho judicialmente como consta en el Expediente N° 02065-2011-0-0701-JR-CI-05, seguido por el IDLADS PERÚ contra el MINAM y otros, en el Quinto Juzgado Especializado en lo Civil del Callao, donde se le exige al MINAM aprueba los límites máximos permisibles para el ruido ocasionado por el sobrevuelo de aviones. Resulta lamentable que habiendo existido actividad aeroportuaria desde principios del siglo XX en el Perú, no se hayan elaborado ni aprobado límites máximos permisibles para el ruido ocasionado por el sobrevuelo de aviones, no obstante las vibraciones y el ruido, ser una constante en zonas urbanas aledañas a los aeropuertos del país. Ello antes era de responsabilidad del sector que autorizaba la actividad aeroportuaria (MTC), hoy lo es del MINAM, que desde el 2008 al 2011, no realizó un esfuerzo suficiente como para dar solución a este problema, y además busque compensar los años de ruido que soporte esta población, con estragos a su salud de pronóstico reservado pues tampoco se han realizado estudios epidemiológicos al respecto.

Asimismo, en el proceso de revisión de los parámetros de contaminación ambiental, con la finalidad de determinar nuevos niveles de calidad, se aplica el **principio de la gradualidad**, permitiendo ajustes progresivos a dichos niveles para las actividades en curso, contemplado en el numeral 4 del artículo 33º de la Ley General del Ambiente. El problema, es el abuso que constantemente se da de este principio, al establecerse límites máximos permisibles están muy por debajo de los estándares internacionales, y los cuales, incluso en la ocasiones en que sean querido implementar sean postergado de manera injustificada en perjuicio de la salud de la población afectada, este es el caso del Decreto Supremo N° 010-2011-MINAM, que modifica lo establecido en el Decreto Supremo N° 023-2009-MINAM, otorgando un plazo adicional para implementar instrumentos de gestión ambiental en el sector de minería que se extiende hasta el 2015, sin sancionar siquiera aquellos que no cumplieron con adecuarse en diciembre del 2010.

El MINAM no sólo tiene un rol regulador sino ejecutivo en el tema de la conservación del ambiente debido a que coordina con las autoridades competentes, la formulación, ejecución y evaluación de

los planes destinados a la mejora de la calidad ambiental o la prevención de daños irreversibles en zonas vulnerables o en las que se sobrepasen los ECA, y vigila según sea el caso, a través del OEFA, su fiel cumplimiento. Añadamos a ello que con tal fin puede dictarse medidas cautelares que aseguren la aplicación de los planes de remediación ambiental, o **aplicar sanciones** ante el incumplimiento de una acción prevista en ellos. En otras palabras, el OEFA, en coordinación con el MINAM, podrá iniciar un procedimiento sancionador e implementar medidas cautelares con el fin de garantizar la mejora de la calidad ambiental o prevenir daños ambientales irreversibles además de vigilar su fiel cumplimiento.

1.5.5.3. FUNCIONES GENERALES DEL MINISTERIO DEL AMBIENTE

El Decreto Legislativo N° 1013, establece que las funciones del MINAM se clasifican en rectores, técnico-normativas, y específicas. Una revisión analítica de las funciones rectoras del MINAM:

- a) Formular, planificar, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar la política nacional del ambiente.-** Actualmente, la supervisión y evaluación del cumplimiento de la política nacional del ambiente, la debería llevar a cabo el OEFA, empero, carente de capacidad sancionadora, poco o nada puede hacer para hacerla cumplir, salvo notificar a los sectores el diagnóstico de incumplimiento de la misma.
- b) Garantizar el cumplimiento de las normas ambientales, realizando funciones de fiscalización, supervisión, evaluación y control,** así como ejercer la potestad sancionadora en materia ambiental y dirigir el régimen de fiscalización y control ambiental y el régimen de incentivos. En realidad, todas estas funciones son desarrolladas por el OEFA, y no por el propio MINAM.
- c) Coordinar la implementación de la Política Nacional del Ambiente con los sectores, gobiernos regionales y los gobiernos locales.** El escaso peso político, la ausencia de autonomía técnica, y la nula capacidad sancionadora, hacen que el cumplimiento de la Política Nacional del Ambiente quede a discreción de los sectores, y que el MINAM pueda hacer poco o nada al respecto.
- d) Prestar asistencia técnica a los gobiernos regionales y locales en materia ambiental,** es una cuestión que debería intensificarse para formalizar una serie de actividades productivas, y promover buenas prácticas empresariales.

Con relación a las funciones técnicas – normativas del MINAM, la aprobación de normas ambientales de carácter nacional es una facultad fundamental para lograr uniformizar procesos en la gestión ambiental, empero la carencia de su capacidad de control del cumplimiento de la misma es el problema, como se observa por ejemplo en el Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM.

Ahora si bien es cierto el Ministerio del Ambiente, carece facultades sancionadoras para iniciar procedimientos administrativos disciplinarios contra los funcionarios responsables de la citada inconducta funcional, si tiene atribuciones para comunicar a la Contraloría General de la República dicha conducta omisiva, a fin que sea dicho órgano de control gubernamental el que determine responsabilidades funcionales, cuestión que hasta la fecha no ha realizado pues el MINAM no ha reportado dichos incumplimientos. Advirtamos, que el incumplimiento de labores funcionales de parte de los sectores competentes tan flagrantes da mérito a una denuncia por omisión de

funciones de los funcionarios públicos que no desplegaron acciones para adecuarse al Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, en el plazo establecido, basta para darse cuenta de ello, con leer el artículo 377º del Código Penal que señala que *“el funcionario público que, ilegalmente, omite, rehusa o retarda algún acto de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días-multa.”* No quepa duda, que todos los funcionarios públicos que omitieron con sus actos la adecuación de sus sectores al Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM en el plazo establecido tienen responsabilidad administrativa y penal, y sin embargo, el MINAM no ha buscado hacer efectiva esas responsabilidades a pesar que la norma lo obliga a hacerlo, cito textualmente los dos últimos párrafos del artículo 80º del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM:

“En caso de encontrarse evidencia acerca de la posible comisión de un delito, el hecho será puesto en conocimiento de la Fiscalía Ambiental o de la Prevención del Delito, según corresponda.

Si como resultado de la vigilancia se identifican posibles infracciones a las normas y disposiciones del SEIA, los hallazgos obtenidos deben ser comunicados a la autoridad a cargo de las funciones de fiscalización y sanción correspondientes, para las acciones que correspondan de acuerdo a ley.”

Así, no existe excusa legal para estos incumplimientos especialmente porque no se ha ampliado el plazo para la adecuación al Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, y tampoco es una materia compleja, verificar como el MINAM, no ha desplegado las acciones de control efectivas para dar cumplimiento al citado decreto supremo, como sería una comunicación a la Contraloría General de la República, y al Ministerio Público, a fin de hacer efectiva la responsabilidad a la que se refiere la Primera Disposición Complementaria Final del citado Decreto Supremo.

Advirtamos que ha existido una constante desidia del MINAM por hacer efectiva la responsabilidad en los sectores responsables de adecuarse al Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, y ello no obstante conocer el artículo 80º del referido dispositivo legal, y el cuál advierte que será aplicado mediante Oficio Múltiple N° 052-2011-DGPNIGA-VMGA/MINAM, del 29 de setiembre del 2011, que se dirige a las unidades ambientales del: Ministerio de Energía y Minas; Ministerio de Agricultura; Ministerio de Producción; Ministerio de Comercio Exterior y Turismo; Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento; Ministerio de Salud; Ministerio de Energía y Minas; Ministerio de Defensa (DICAPl); y Ministerio de Transporte y Comunicaciones; pese a ello a la fecha ningún sector se ha adecuado, ni se ha sancionado a ningún funcionario por incumplir el plazo establecido para la adecuación.

Tamaña irresponsabilidad de los sectores involucradas ha sido sistemáticamente ocultada por el MINAM, y es penoso en ese sentido, la cultura de la prepotencia, arbitrariedad, secretismo y ocultismo que cultiva el MINAM cuando señala en su Informe N° 042-2011-DGPNIGA-VMGA/MINAM, de fecha 5 de diciembre del 2011, donde se indica lo siguiente: *“debemos señalar que el MINAM (...) no tiene el deber de informar al demandante ni a ningún administrado sobre el proceso de adecuación de los sectores a las normas del SEIA, (...).”* De esta manera se hace tabla raza del derecho al acceso a la información pública, el derecho de información de los ciudadanos, y el derecho a la rendición de cuentas, que tiene todo ciudadano, y se evita que se exija el

cumplimiento de una norma de la más alta importancia como es la que regula el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental.

Advirtamos que el numeral c) del artículo 17º de la Ley 27446, establece que *“el MINAM debe emitir opinión previa favorable y coordinar con las autoridades el o los proyectos de reglamentos relacionados a los procesos de evaluación ambiental –EIA, y sus modificatorias.”* Ello se entiende en el marco de lo establecido por el artículo 80º y la Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento del SEIA, del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, en ese sentido, mal hace el MINAM cuando señala en su Informe N° 042-2011-DGPNIGA-VMGA/MINAM, que *“en este momento depende de las Altas Direcciones de los Ministerios”* de: Vivienda, Construcción y Saneamiento; Transporte y Comunicaciones; Ministerio de Energía y Minas; Ministerio de Comercio Exterior y Turismo; y Ministerio de Producción *“la incorporación de las observaciones y la promulgación de las propuestas validadas de dichos reglamentos e instrumentos.”* Estando vencido el plazo de adecuación, mal hace el MINAM en decir que depende de los sectores la misma, que es la autoridad nacional en materia ambiental, y el ente rector del SEIA, y al omitir señalar que ya sea configurado responsabilidad funcional por no efectuar la adecuación dentro del periodo establecido de conformidad con el artículo 80º del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, y que esta espera innecesaria basada en la arbitrariedad de los sectores, y el desconocimiento del plazo de adecuación debió ser puesto en conocimiento por el MINAM a la Contraloría General de la República y la Fiscalía de Prevención del Delito. La discrecionalidad del sector sólo es válida si no se contraviene una norma expresa que fija un plazo para la toma de decisión respecto a un tema específico.

Recordemos que según el Oficio N° 315-2011-DGPNIGA/VMGA/MINAM, cuentan con opinión favorable de parte del MINAM, para aprobar sus Reglamentos de Protección Ambiental, tanto el Ministerio de Agricultura como el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, desde al menos el 02 de agosto del 2011, y pese a estar vencido el plazo de adecuación, y haber transcurrido más de cinco (05) meses desde que podían aprobar la citada norma de adecuación no lo han hecho, lo que evidentemente genera responsabilidad funcional, que el MINAM debió denunciar ante la Contraloría General de la República, y la Fiscalía de Prevención del Delito, en estricta aplicación del numeral c) del artículo 17º de la Ley 27446, y el artículo 80º del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, sin embargo no lo hizo, de ahí que exijamos que cumpla con ejercer la función antes mencionada.

Respecto al incumplimiento del literal d) del artículo 17º del Reglamento de la Ley del SEIA, referido a que el MINAM debe coordinar con las autoridades la adecuación de los regímenes de evaluación de impacto ambiental existentes a lo dispuesto en la presente ley y asegurar su cumplimiento. Es evidente el MINAM si bien realizó coordinaciones, esta fue defectuosa, deficiente y no idónea, para alcanzar la adecuación dentro del plazo establecido por la Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento del SEIA, especialmente porque los apercibimientos de responsabilidad nunca se hicieron efectivos, y lo peor es que actualmente la adecuación fuera de plazo está desarrollándose en base a la arbitrariedad de cada sector, ya que no se aprobó formalmente un nuevo plazo, y peor aún no se ha hecho efectiva la responsabilidad funcional por el incumplimiento original del plazo de adecuación conforme lo ordena la propia primera disposición antes citada, y el artículo 80º del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM.

Esta situación está siendo abiertamente legitimada por el Informe N° 042-2011-DGPNIGA-VMGA/MINAM, que contrario a ley, y vaciando de contenido la Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento del SEIA, se alega que “hasta tanto no se aprueben o actualicen los reglamentos de las autoridades competentes en materia de evaluación de impacto ambiental (...) se aplicaran las normas sectoriales, regionales y locales que se encuentren vigentes y, de manera supletoria, las disposiciones del Reglamento que se aprueba por el presente dispositivo.” La Disposición Única Complementaria y Transitoria del Decreto Supremo No 019-2009-MINAM, esta regulando los procedimientos administrativos que se desarrollen en el plazo de adecuación que se fijó en 180 días calendarios, y no en ningún caso, es una licencia para incumplir la Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento del SEIA, pues ello constituiría un absurdo, y las normas se deben interpretar de manera sistemática. Sin embargo, contra todos los pronósticos de los especialistas en derecho ambiental, el MINAM termina su argumentación, con una monstruosa, ilegal e insensata interpretación: *“La Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM que aprueba el Reglamento de la Ley del SEIA, señala que transcurrido el plazo de ciento ochenta (180) días desde la promulgación del referido Reglamento; y de no tenerse elaboradas o actualizadas las normas de los Ministerios, se aplican las sectoriales, regionales y locales que estuvieran vigentes. Y supletoriamente el Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM. Esa es la fórmula por la que opta el SEIA.”* En una absurda forma de intentar sorprender a su despacho le inventa un texto legal a la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, y realiza una interpretación contraria al espíritu de la ley, y al principio pro hominen. El resultado, omite señalar que el incumplimiento del plazo de adecuación genera responsabilidad funcional, y responsabilidad penal, además de legitimar el incumplimiento del plazo.

Adviértase que lo peor de todo es que en ausencia de adecuación se están aplicando gracias a la interpretación del MINAM antes citada, normas absolutamente desactualizadas tales como: el Reglamento del Título Décimo Quinto del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, sobre el medio ambiente, D.S. N° 016-93-EM, que tiene una antigüedad de 18 años; el Reglamento de Protección Ambiental en las Actividades Eléctricas, D.S. N° 29-94-EM, que tiene una antigüedad de 17 años; o el Reglamento de Protección Ambiental para el Desarrollo de Actividades de la Industria Manufacturera, D.S. N° 019-97-ITINCI, que tiene una antigüedad de 14 años; ello sin contar los casos de sectores que ni siquiera cuenta con un reglamento de protección ambiental, como el Ministerio de Turismo y Comercio Exterior, y el Ministerio de Transporte y Comunicaciones, por poner sólo dos ejemplos de ahí la urgencia en que se adecuen.

Lo irónico de todo es que el mismo Informe N° 042-2011-DGPNIGA-VMGA/MINAM, se lee: “el artículo 6° de la precitada norma se señala claramente que el MINAM constituye la autoridad técnico normativo del SEIA que coordina su aplicación técnica y es responsable de su correcto funcionamiento.” Si ello es así, debería hacer efectivo los apercibimientos por incumplimiento de plazos de adecuación para incentivar que los sectores sigan incumpliendo su obligación de adecuarse, apelando a una autonomía, que no les alcanza para salvarse de la responsabilidad funcional y penal por omisión de funciones. Finalmente, es penoso observar como el propio MINAM celebra, y alega que ya cumplió con su deber pues a promulgado la Resolución Ministerial N° 157-2011-MINAM, Primera Actualización del Listado de Inclusión de los Proyectos de Inversión sujetos al Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental – SEIA, avance pírrico, si se tiene en cuenta que casi la totalidad del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, no está vigente a falta de adecuación de los sectores al mismo.

Concluyamos, estableciendo que el MINAM ha dejado constancia de su omisión de funciones, y su negativa de asegurar de manera idónea el cumplimiento del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental haciendo efectivo los apercibimiento que les franquea la ley, tanto en el artículo 80º como en la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, cuando señala en su última conclusión del Informe N° 042-2011-DGPNIGA-VMGA/MINAM: *“que es una prerrogativa y una obligación de cada autoridad competente sectorial aplicar la adecuación de su normativa al SEIA; considerando su autonomía jurídica y funcional, que se sustenta y deriva de su pertenencia a un pliego presupuestal.”* Sin embargo, habría que recordarle al MINAM, lo dicho por el TC que *“autonomía no debe confundirse con autarquía, pues desde el mismo momento en que aquélla le viene atribuida por el ordenamiento, su desarrollo debe realizarse con respeto a ese ordenamiento jurídico. “No supone autarquía funcional al extremo de que, de alguna de sus competencias pueda desprenderse desvinculación parcial o total del sistema político o del propio orden jurídico en el que se encuentra inmerso (...). En consecuencia, no porque un organismo sea autónomo deja de pertenecer al Estado, pues sigue dentro de él y, como tal, no puede apartarse del esquema jurídico y político que le sirve de fundamento a éste y, por supuesto, a aquél” [Fund. Jur. N° 6, Exp. N.º 007-2001-AI/TC]”*.

⁶⁷ En consecuencia, la autonomía jurídica y funcional que el MINAM alega tiene cada sector, y contra la cual no puede hacer nada, al ser legal, según dice, no toma en consideración que la citada autonomía en ningún caso autoriza a los sectores a incumplir una disposición legal obligatoria, y que forma parte del ordenamiento jurídico como la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, que en buena cuenta pone en vigencia la Ley del Sistema Nacional de Impacto Ambiental, y su reglamento.

Otra de las tareas del MINAM, es **resolver los recursos impugnativos interpuestos contra resoluciones y actos administrativos ambientales y promover la solución de conflictos ambientales a través de mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos, constituyéndose en la instancia previa obligatoria al órgano jurisdiccional en materia ambiental**. Estas facultades si resultan de sumo interés en el esquema actual, pues posibilita que todas las resoluciones emitidas por el resto de sectores ambientales en material ambiental, puedan ser impugnadas vía recurso de apelación interpuesto ante el órgano que emitió la resolución, y sea posible elevarla ante el MINAM, para que este resuelva en última instancia, casos como desaprobación de estudios de impacto ambiental, u opiniones desfavorables de entes técnicos como el SERNANP.

El MINAM, bajo la concepción del Decreto Legislativo N° 1013, se debía constituir en una instancia previa obligatoria al órgano jurisdiccional en materia ambiental para resolver conflictos socios ambientales a través de la promoción de mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos. Esto implica que no se podría demandar una responsabilidad civil por daño ambiental a una empresa, si es que antes, no se agota la etapa de conciliación extrajudicial ante el MINAM. El problema es que esta facultad no ha recibido mayor desarrollo reglamentario, además que atenta contra el derecho al acceso a la justicia, y la tutela jurisdiccional efectiva, y en la práctica, la mayoría acude a los conciliadores extrajudiciales como instancia previa, pero ello podría cambiar, en atención a la facultad legal conferida al MINAM.

⁶⁷ Cfr, también Fundamento 5 de la STC N.º 0010-2003-AI/TC, y Fundamento 4 de la STC N.º 0016-2003-AI/TC

Una de las funciones específicas del MINAM, más destacadas, es la de dirigir el Sistema Nacional de Gestión Ambiental (SNGA), el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), el Sistema Nacional de Información Ambiental (SNIA) y el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SINANPE). Ciertamente, salvo el SINANPE, el MINAM después de casi cuatro (04) años, prueba como antes lo hizo el CONAM, su incapacidad para liderar estos sistemas, especialmente el SEIA, como lo demuestran los bajos estándares ambientales en la evaluación de impacto ambiental que existen en sectores como energía y minas, o industria, pesquería, o transporte, sino veamos como el MINAM, vencido el plazo de adecuación en más de dos años al Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, no ha podido adecuar a ningún sector. A duras penas, si ha conseguido aprobar una “Directiva para fortalecer el desempeño de la gestión ambiental sectorial” aprobada por Resolución Ministerial N° 018-2012-MINAM, para a placer y discreción cumplan con la adecuación.

Otra de las funciones específicas del MINAM es establecer la política, los criterios, las herramientas y los procedimientos de carácter general para el ordenamiento territorial nacional, tan importante para ordenar las actividades productivas en todo el país, que puede evitar la superposición de actividades económicas, y conflictos socio ambientales derivados de los mismos, así como promoverá una mayor participación ciudadana, y la implementación del derecho a la consulta previa de manera planificada y ordenada. Asimismo, el MINAM tiene la alta responsabilidad de elaborar el informe anual sobre el estado del ambiente, cuestión que hasta ahora no ha cumplido, y realizar valoración del patrimonio natural de la Nación para hacer posible la adecuada compensación económica correspondiente, otro tema pendiente, y las tareas no hechas se siguen acumulando.

Sin embargo, una de los deberes funcionales más importantes que tiene el MINAM, es elaborar los Estándares de Calidad Ambiental (ECA) y los Límites Máximos Permisibles (LMP) con opinión previa del sector correspondiente, y en eso el MINAM, pese a la Resolución Ministerial N° 121-2009-MINAM, que aprueba el **Plan de Estándares de Calidad Ambiental y Límites Máximos Permisibles para el Año Fiscal 2009**, ha incumplido abiertamente su deber funcional, tal es el caso de los límites máximos permisibles de ruidos para actividades aeroportuarias. Esta inactividad estatal del MINAM, finalmente está generando una situación caótica en la gestión ambiental en la calidad del aire de la Provincia Constitucional del Callao, cuyo inicio de solución empieza por la aprobación de límites máximos permisible para la contaminación sonora de la actividad aeroportuaria, o la adopción en tanto ocurre ello de estándares ambientales, y límites máximos permisibles internacionales conforme lo establece la Segunda Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley General del Ambiente. Este es un ejemplo que muchos de los pasivos ambientales en diversos sectores tienen como una de sus medidas de remediación la aprobación de límites máximos permisibles que el MINAM hasta la fecha no ha logrado aprobar, lo que genera responsabilidad administrativa, civil y penal, por omisión de funciones, teniendo en cuenta haber transcurrido los plazos legales establecidos, que eran más que razonables.

1.5.6. EL PROCESO DEL CUMPLIMIENTO CONTRA EL MINISTERIO DEL AMBIENTE PARA HACER CUMPLIR EL SEIA

La demanda contra el MINAM tenía por objeto que el mismo emita opinión previa favorable y coordinar con las autoridades competentes, el o los proyectos de reglamentos relacionados a los procesos de evaluación de impacto ambiental-EIA y sus modificaciones; coordinar con las autoridades competentes la adecuación de los regímenes de evaluación del impacto ambiental existentes a lo dispuesto en la Ley 27446, y asegurar su cumplimiento; y controlar y supervisar la aplicación de la citada Ley y el Decreto Supremo No 019-2009-MINAM, Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental.

Así, el 20 de julio del 2011 se interpone la demanda contra el MINAM, para exigirle que haga cumplir la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, lo que importaba su implementación, y la adecuación de todos los sectores a su reglamento, el Decreto Supremo No 019-2009-MINAM, demanda que fue admitida por el Octavo Juzgado Constitucional de Lima el 11 de noviembre del 2011.



Es importante resaltar que el Ministerio del Ambiente como ente rector del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, tenía entre sus obligaciones legales, asegurar que se implemente efectivamente el citado sistema, lo que involucraba necesariamente que todos los sectores se adecuen al Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM en el plazo establecido, esto es 180 días hábiles, y que evidentemente si no lo conseguía realizar en dicho plazo incurría en responsabilidad funcional salvo que hiciera la denuncia correspondiente del sector por omisión de funciones ante el Ministerio Público y la Contraloría General de la República.

EVALUACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DEL DECRETO SUPREMO N° 019-2009-MINAM POR PARTE DEL MINAM	
FUNCIONES INCUMPLIDAS DEL MINAM	INCUMPLIMIENTO FLAGRANTE DEL MINAM
<p>a) Emitir opinión previa favorable y coordinar con las autoridades competentes, el o los proyectos de reglamentos relacionados a los procesos de evaluación de impacto ambiental-EIA y sus modificaciones</p> <p>Numeral c) del artículo 17º de la Ley 27446</p>	<p>Esta función no se ejerce de manera arbitraria y de manera discrecional sino en el ámbito de las normas reglamentarias que la regulan y dentro de los plazos preestablecidos. En ese sentido, está probado que esta función no fue realizada por el MINAM en el plazo establecido por la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, plazo que por cierto el mismo se estableció, y que no pudo hacer cumplir. Ahora bien, tampoco aprobó formalmente un nuevo plazo para emitir opinión previa y coordinar con los sectores la expedición de sus reglamentos de protección ambiental ni promovió acciones de control o acciones penales por el incumplimiento de los funcionarios de los sectores por no elaborar los citados proyectos generando arbitrariedad, impunidad y caos en la gestión ambiental.</p>
<p>b) Coordinar con las autoridades competentes la adecuación de los regímenes de evaluación del impacto ambiental existentes a lo dispuesto en la Ley 27446, y asegurar su cumplimiento</p> <p>Numeral d) del artículo 17º de la Ley 27446</p>	<p>No basta para demostrar que se está cumpliendo esta función con realizar una coordinación formal y displicente, sino una coordinación real y con apercibimientos en el ámbito de las normas al respecto, que permita de manera auténtica y real arribar a logros concretos dentro de los plazos legales establecidos. En ese sentido, no basta decir que desde hace casi dos años se viene coordinando la adecuación, pero con plazos legales vencidos, y sin aplicar los apercibimiento por tamaña irresponsabilidad a los funcionarios responsables previstos en el artículo 80º y la propia Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM. Nótese que la coordinación no puede ser cualquiera sino una efectiva y encaminada a asegurar el cumplimiento de la Ley N° 27446, y está probado de manera irrefutable que ello no se ha conseguido pues solo un sector se adecuó al reglamento de la citada ley, en consecuencia, la norma es letra</p>

	muerta.
<p>c) <u>Controlar y supervisar la aplicación de la citada Ley y el Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental.</u></p> <p>Numeral f) del artículo 17º de la Ley 27446</p>	<p>Resulta evidente la falta de control y supervisión del MINAM con respecto a todos los sectores que debieron adecuarse a la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, al punto que ni siquiera los que tienen opinión favorable (Ministerio de Agricultura) han aprobado sus reglamentos de protección ambiental pese haber transcurrido varios meses desde que tenían dicho requisito.</p> <p>El resto de sectores ni siquiera han enviado sus borradores de reglamentos de protección ambiental, y los que eventualmente lo hicieron hasta la fecha no han levantado las observaciones que les hizo el MINAM. Como se sabe un control y supervisión sin apremios es imposible, es ficción, y es irreal. El MINAM no puede pretender que cualquier control y supervisión sobre los sectores para que apliquen el Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, es válido para considerar que está cumpliendo la norma y su función, sino sólo aquel que cumple la finalidad de asegurar el cumplimiento de ambas normas, y ella sólo se logra si se efectivizan los apremios dados por el artículo 80º y la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM cuestión que el MINAM ha omitido hacer pese a las inconductas funcionales de todos los sectores que supuestamente controla y supervisa.</p> <p>La impunidad del incumplimiento de los plazos de adecuación a la Ley 27446, y el Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, se debe a que el MINAM no hace cumplir las normas porque confunde la autonomía de los sectores con autarquía, y se olvida de considerar lo dicho por el TC: <i>“autonomía no debe confundirse con autarquía, pues desde el mismo momento en que aquélla le viene atribuida por el ordenamiento, su desarrollo debe realizarse con respeto a ese ordenamiento jurídico. “No supone autarquía funcional al extremo de que, de alguna de sus competencias pueda desprenderse desvinculación parcial o total del sistema político o del propio orden jurídico en el que se encuentra inmerso (...). En consecuencia, no porque un organismo sea autónomo deja de pertenecer al Estado, pues sigue dentro de él y, como tal, no puede apartarse del esquema jurídico y político que le sirve de fundamento a éste y, por supuesto, a aquél”</i> [Fund. Jur. N° 6, Exp. N.º 007-2001-AI/TC]</p> <p>Así nada impide que ante la renuencia de algunos sectores como el Ministerio de Agricultura que ya cuentan con opinión favorable, de aprobar sus reglamentos de protección ambiental, el MINAM coordine con la Defensoría del Pueblo una acción de cumplimiento contra dichos sectores, o a través de su propio procurador, viendo que el derecho a un ambiente sano y equilibrado es un interés general que debe ser protegido, ello al amparo del artículo 67º del Código Procesal Constitucional. Pero sin ir tan lejos, bastaba hacer efectivo los apercibimiento del artículo 80º del propio Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM para asegurar el cumplimiento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental y su reglamento, cuestión que nunca hizo el MINAM.</p> <p>En consecuencia, es evidente y está probado que el MINAM viene rehusando el cumplimiento de sus funciones establecidas en los numerales c, d, y f, artículo 17º de la Ley 27446, y las mismas no puede alegarse que se pueden cumplir parcialmente, sino de manera íntegra y completa conforme las normas vigentes, todo lo cual nos legitima para interponer la presente acción de cumplimiento.</p>

El proceso de cumplimiento con el MINAM en primera instancia implicó una rendición de cuentas sobre lo que había hecho, un asunto que se había negado a sistemáticamente a realizar, por lo que la interposición de la demanda dio su primer fruto al brindar información que permitió conocer desde adentro lo poco que había hecho el MINAM, y revelar la conducta del resto de sectores, e hizo tomar real conciencia al ente ambiental sobre el pobre rol que había desempeñado hasta entonces, lo que quiso ser disimulado con la tímida aprobación de la **Resolución Ministerial N°**

018-2012-MINAM del 27 de enero del 2012, que aprobó la Directiva para fortalecer el desempeño de la gestión ambiental sectorial, esto es **cinco (05) meses después** de interponer la demanda, que sin duda hizo presión sobre el sector que había sido hasta entonces un verdadero convidado de piedra, aunque el panorama luego no cambiaría mucho pese a esta norma.

Adviértase que los propios medios probatorios presentados por el Procurador revelan una constante desidia del MINAM por hacer efectiva la responsabilidad en los sectores responsables de adecuarse al Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, y ello no obstante conocer el artículo 80° del referido dispositivo legal, y el cuál advierte que será aplicado mediante Oficio Múltiple N° 052-2011-DGPNIGA-VMGA/MINAM, del 29 de setiembre del 2011, que se dirige a las unidades ambientales del: Ministerio de Energía y Minas; Ministerio de Agricultura; Ministerio de Producción; Ministerio de Comercio Exterior y Turismo; Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento; Ministerio de Salud; Ministerio de Energía y Minas; Ministerio de Defensa (DICAPI); y Ministerio de Transporte y Comunicaciones; pese a ello a la fecha solo un sector se ha adecuado, ni se ha sancionado a ningún funcionario por incumplir el plazo establecido para la adecuación.

Posterior a ello el IDLADS-PERU ha interpuesto una nueva Acción de Cumplimiento con el objeto que se dé cumplimiento a sus funciones establecidas en los numerales c, d y f artículo 17° de la Ley 27446 y controlar, supervisar la aplicación de la citada Ley y el Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, y también se de cumplimiento con el artículo 80° del Decreto Supremo 019-2009-MINAM. En el cual señala que se denuncie ante la Contraloría General de la Republica y a la Fiscalía de Prevención del Delito las posibles infracciones a las normas del citado Decreto que constituye inconductas de funcionarios públicos y por el presunto delito de omisión de funciones de los mismos, puesto que constituye un ilícito administrativo y penal no adecuarse a los dispuesto por la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, no obstante que han transcurrido más de 3 años desde la fecha que debieron adecuarse, en atención a los siguientes fundamentos de hecho y derecho.

1.5.7. MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS (MINEM) ADECUATE AL REGLAMENTO DE LA LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

La demanda contra el MINEM tenía por objeto que dé cumplimiento a la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, esto es que los reglamentos de protección ambiental de los subsectores de minería, hidrocarburos y electricidad se adecuen a lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, lo que implica enviar sus proyecto normativos respectivos al Ministerio del Ambiente para la opinión previa respectiva, y una vez contar con la misma, aprobar a la reglamentación antes mencionada.

Posteriormente, por ello se decide demandar al Ministerio Energía y Minas (MINEM), que según la información brindada por el MINAM, no había remitido su proyecto de reglamento de protección ambiental para que sea evaluado, siendo el objeto de la demanda que el MINEM envíe sus

proyectos normativos respectivos al MINAM para la opinión previa respectiva, y una vez que cuente con la misma, aprobar la citada reglamentación.

Lamentablemente, el Decimo Juzgado Constitucional de Lima declaró improcedente la demanda y el instituto apeló la resolución judicial con el objeto que la Sala Civil revoque la misma, y eventualmente de ello no ocurrir, llegar mediante un recurso de agravio al Tribunal Constitucional para efectos que se pronuncie sobre la conducta omisiva de dos (02) años del MINEM al no actualizar su reglamentación de protección ambiental, y desacatar el Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación Ambiental, aprobado por el Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, afectando el derecho a un ambiente sano y equilibrado.



Con fecha 31 de mayo del 2013 IDLADS presenta Recurso de Agravio Constitucional contra la Resolución N° 07 mediante la cual se confirma la sentencia de primera instancia y se declara improcedente la demanda, este Recurso de Agravio Constitucional se interpone con el fin de que el Tribunal Constitucional revoque la sentencia de segunda instancia y la reforme declarándola procedente. A fines de enero de 2014 el Tribunal Constitucional ordena al Juez de primera instancia admita la demanda, y en octubre de ese mismo año, el Ministerio de Energía y Minas aprueba su reglamento, presionado por la acción judicial de cumplimiento mediante Decretos Supremos 039-2014-EM y 040-2014-EM, de los sub sectores de hidrocarburos y minería. Más allá de las críticas que pueden surgir por dichos dispositivos se debe rescatar que éstas al menos son una versión más actualizada que la derogada.

1.5.8. MINISTERIO DE AGRICULTURA (MINAGRI) ADECUATE AL REGLAMENTO DE LA LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL



Nada acaba hasta que termina realmente, se decidió demandar a los únicos dos sectores, que según la información brindada por el MINAM, en el 2012 ya contaban con opinión previa favorable, y tenían sus proyectos de reglamentos de protección ambiental desde hace casi un año, sin aprobar, esto es que se demandó que el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (MVCS), y al Ministerio de Agricultura (MINAG), para que cumplieran con aprobar sus respectivos reglamentos de protección ambiental, demandas de cumplimiento que fueron admitidas por el Noveno Juzgado Constitucional de Lima y el Séptimo Juzgado Constitucional de Lima en el año 2012. La suerte de ambos procesos fue distinta, puesto que pese a la demanda el Ministerio de Agricultura, se negó aprobar su reglamento de protección ambiental, ello a pesar de la presión del proceso y del propio Ministerio del Ambiente, que de manera pública hizo un llamado a que el sector apruebe sus reglamento de protección ambiental. Finalmente, en noviembre de 2012, el Ministerio de Agricultura y Riego no tuvo otra salida que, por primera vez en su historia aprobara su Reglamento de Protección Ambiental, mediante Decreto Supremo N° 019-2012-AG.

1.5.9. MINISTERIO DE VIVIENDA, SANEAMIENTO Y CONSTRUCCIÓN ADECUATE AL REGLAMENTO DE LA LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

La admisión de la demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Vivienda, Saneamiento y Construcción, pese a la respuesta iracunda de su Procurador Público que alego discrecionalidad del sector para hacerla, si trajo consigo los efectos esperados porque sometió al sector a una fuerte presión, especialmente porque en el proceso se detectó una grave y escandalosa irregularidad, pues el sector en un hecho sin precedentes, había estado dando largas al proceso de aprobación de su reglamento de protección ambiental adecuado al Decreto Supremo N° 019-

2009-MINAM, puesto que teniéndolo listo para su aprobación con la opinión favorable del MINAM en el año 2010, volvió de manera absurda, a iniciar el procedimiento de adecuación, literalmente desde cero, y lo más inaudito es que ya contando por segunda vez con opinión favorable del MINAM, no aprobaba el Reglamento de Protección Ambiental sectorial, hasta que llegó la demanda del IDLADS, que los forzaría hacerlo, incluso antes de emitirse sentencia en el proceso judicial de cumplimiento, como lo demuestra el Decreto Supremo N° 015-2012-VIVIENDA, que aprueba el Reglamento de Protección Ambiental para Proyectos vinculados a las actividades de vivienda, urbanismo, construcción y saneamiento del 13 de septiembre del 2012, esto es con fecha posterior al admisorio de la demanda y la contestación de la misma.



En el mes de agosto del 2013 se emite sentencia en el que declarada fundada la demanda presentada por el IDLADS-PERU, con Resolución N° 6, que ordena que se dé cumplimiento a la Primera Disposición Complementaria Final de Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM. Razón por la cual, el sector, viendo venir la misma, aprobó su Reglamento de Protección Ambiental, mediante Decreto Supremo N° 015-2012-VIVIENDA.

1.5.10. MINISTERIO DE TRANSPORTE Y COMUNICACIONES (MTC) ADECUATE AL REGLAMENTO DE LA LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL



Uno de los sectores cuyas actividades causan enormes impactos en el ambiente y las poblaciones locales indígenas es el Ministerio de Transporte y Comunicaciones pues sus proyectos tales como carreteras, puentes, aeropuertos, puertos, helipuertos, además de la instalación de antenas de telecomunicación, no obstante ser de suma importancia si no se toman los resguardos ambientales necesarios pueden causar graves daños a los ecosistemas, biodiversidad, y la cultura de poblaciones indígenas, ello sin mencionar que en ocasiones al contrario de traer progreso pueden ser los medios para intensificar e incrementar actividades ilícitas como el narcotráfico y el tráfico de madera ilegal que encuentran en las carreteras y aeropuertos facilidades para desarrollar sus actividades. Anotemos, que era absolutamente sorprendente que el Ministerio de Transporte y Comunicaciones nunca haya aprobado un Reglamento de Protección Ambiental para las actividades que promueve siendo entonces mayor la necesidad de que el mismo se adecue al Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, a fin de que establezca estándares ambientales mínimos que deben cumplir sus proyectos de inversión a efectos de resguardar derechos ambientales e indígenas de las poblaciones afectadas por los mismos. Ya veremos, más adelante, que la problemática de la contaminación sonora por el sobrevuelo de aviones en la Provincia Constitucional del Callao, tiene entre una de sus causas la ausencia de actualización de la normatividad ambiental del sector de transporte y comunicaciones, y esto es, lo que motiva a que presentemos la demanda de Acción de Cumplimiento contra el Ministerio de Transporte y Comunicaciones, con el fin que se dé cumplimiento a la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, la que es admitida por el Tercer Juzgado Constitucional de Lima en el año 2012 y el Procurador Publico de dicho Ministerio contesta la

demanda de Acción de Cumplimiento que el plazo de 180 días para su adecuación tiene que elaborar y envíe su proyecto de Reglamento de Protección Ambiental y que este cuente con la opinión favorable del Ministerio del Ambiente y que posterior a ello recién se pueda aprobar dicho dispositivo legal. En la actualidad, se ha ganado la Primera Instancia pese a lo cual tercamente el procurador del Sector ha apelado para indignación de los ambientalistas.

1.5.11. MINISTERIO DE TURISMO Y COMERCIO EXTERIOR (MINCETUR) ADECUATE AL REGLAMENTO DE LA LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL



Otro sector que nunca ha contado con un Reglamento de Protección Ambiental pese a ser una de las actividades que más promoción tiene a través de instituciones como PROMPERU, y su campaña MARCA PERU, es el Ministerio de Turismo y Comercio Exterior, a quien se requirió se adecue al Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, en múltiples ocasiones, pese a lo cual hasta la fecha (diciembre 2012) no lo ha realizado, razón por la cual se decidió interponer una acción de cumplimiento con dicho objeto, la misma que de manera absurda fue declarada improcedente por el Tercer Juzgado Constitucional de Lima, lo cual nos obliga a interponer un recurso de apelación en el que se señala que la mencionada resolución no sólo tiene errores de interpretación, sino que tiene nulidades evidentes, al no motivar adecuadamente el apartamiento de sus resoluciones judiciales para casos donde los hechos y el derecho son similares, por no decir los mismos, especialmente teniendo en cuenta el caso del Ministerio de Transporte y Comunicaciones que también tiene en giro el Tercer Juzgado Constitucional de Lima, y que se admitió a trámite.

Advirtamos que el Tercer Juzgado Constitucional de Lima, ha cambiado de precedente sobre el cumplimiento de la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo No 019-2009-

MINAM, sin explicar las razones de ese apartamiento, y sin siquiera advertirlo o mencionarlo. Ello debido a que en el Expediente N° 20581-2012-0-1801-JR-CI-03, donde IDLADS PERÚ, exigía al Ministerio de Transporte y Comunicaciones que cumpla con la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, y el citado despacho, **resolvió ADMITIR la demanda**, haciendo hincapié, en su tercer considerando: “que en el petitorio de la demanda, el actor solicita el cumplimiento por parte de la demandada de la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo No 019-2009-MINAM, esto es que los reglamentos de protección ambiental de los subsectores de transporte y comunicaciones se adecuen a lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, lo que implica enviar sus correspondientes proyectos normativos al Ministerio del Ambiente para la opinión respectiva, y una vez contar con la misma, aprobar la reglamentación mencionada, que siendo ello así, y considerando los lineamientos establecidos en la STC N° 0168-2005-PC, por lo cual se perfilan los requisitos que deben cumplir los procesos de cumplimiento, se resuelve admitir a tramiten el presente proceso de cumplimiento.” Así, para apartarse de la misma, requería de una fundamentación expresa, y motivada de dicho cambio precedente, cuestión que no se observa en la resolución apelada, que solo dista en tiempo de menos de un (01) mes de diferencia con la resolución citada ¿Cuáles son las razones del cambio de razonamiento jurídico sin la motivación del caso? No lo sabemos, lo cual vulnera nuestro derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, y la tutela jurisdiccional efectiva.

En conclusión, la resolución de improcedencia vulnera abiertamente el derecho a una debida motivación conforme lo establece el numeral 5 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, que señala que son principios y derechos de la función jurisdiccional “la motivación escrita de las resoluciones judiciales de todas las instancias”, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos en que se sustentan, cuestión que no se observa en la resolución impugnada. En ese sentido, la Sala deberá merituar la aplicación del numeral 6 del artículo 50° del Código Procesal Civil, que señala que el juez debe fundamentar los autos y las sentencias bajo sanción de nulidad, y en ese sentido dejar sin efecto la resolución impugnada, no solo por no explicar las razones de su apartamiento, sino por no ajustarse los mismos a los términos de la pretensión del demandante, y no analizar temas de fondo relevantes para el caso, como el plazo de adecuación vencido, y la obligación del MINCETUR de cumplir la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, y no fuera de ella, lo que incluía la remisión de proyectos de reglamentos de protección ambiental que nunca llegaron al Ministerio del Ambiente.

1.5.12. MINISTERIO DE PRODUCCIÓN (PRODUCE) ADECUATE AL REGLAMENTO DE LA LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

El Ministerio de Producción tiene dentro de sus competencias la regulación de las actividades manufactureras, e industriales, los cuales tienen fuertes impactos en las ciudades densamente pobladas como Lima y las capitales regionales, además también es competente para regular los impactos ambientales que ocasionan las actividades de pesca industrial en las principales bahías y puertos del país, a fin de evitar la depredación de nuestros recursos hidrobiológicos. Lamentablemente, el Reglamento de Protección Ambiental para el Desarrollo de Actividades de la Industria Manufacturera, aprobado por el Decreto Supremo N° 019-97-ITINCI, hace muchos años quedo desactualizado, y quince años después de su aprobación reclama ser adecuado completamente al novísimo Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, que no obstante tener sus limitaciones, ofrece mejores estándares ambientales y de participación ciudadana. En ese sentido,

el IDLADS requirió en múltiples ocasiones al Ministerio de la Producción que cumpla con adecuarse a la citada normatividad ambiental pese a lo cual hasta la fecha no lo han hecho, razón por la cual se demandó mediante un proceso de cumplimiento al mencionado ministerio a fin de que se adecue a los nuevos estándares ambientales y de participación ciudadana, en el cual una vez interpuesta la acción de cumplimiento y ésta en Primera Instancia se declara infundada la demanda, por ello el IDLADS-PERU ha presentado una apelación para que el órgano superior pueda revocar la sentencia anterior.



1.6.EL SERVICIO NACIONAL DE CERTIFICACION AMBIENTAL PARA LAS INVERSIONES SOSTENIBLES

El inicio de la Gestión Ambiental se dé con la creación del SENACE, este organismo se encargara de evaluar los estudios de impacto ambiental a todos los sectores del país. El SENACE surge como una de las metas en los Ejes Estratégicos de la Gestión Ambiental, orientados a la mejora de las condiciones ambientales y sociales bajo las que se desarrollan las actividades económicas, especialmente, las industrias extractivas. Dicha institución se concibe como una institución técnica y especializada la cual generará mayor confianza y se evitará que la autoridad que promueve las inversiones no pueda ser juez y parte.

1.6.1. FUNCIONES DEL SENACE

- a)** Aprobar los Estudios de Impacto Ambiental detallados, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1 de la presente Ley.
- b)** Administrar el Registro Nacional de Consultoras Ambientales y el Registro Administrativo de carácter público y actualizado de las certificaciones ambientales de alcance nacional o multirregional concedidas o denegadas por los organismos correspondientes; sin perjuicio de las competencias en materia de fiscalización y sanción que corresponden al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).
- c)** Solicitar, cuando corresponda, la opinión técnica de las autoridades con competencias ambientales y absolver las solicitudes de opinión que se le formulen, conforme a ley.
- d)** Formular propuestas para la mejora continua de los procesos de evaluación de impacto ambiental, incluyendo a los mecanismos de coordinación gubernamental y las buenas prácticas de relaciones comunitarias y de participación ciudadana.
- e)** Implementar la Ventanilla Única de Certificación Ambiental en los procedimientos de aprobación de Estudios de Impacto Ambiental detallados.

1.6.2. ORGANIZACIÓN DEL SENACE

El proceso de implementación del SENACE y la transferencia de funciones a su ámbito se desarrollarán de manera ordenada, progresiva y gradual de acuerdo a las etapas señaladas en el Decreto Supremo N° 003-2013-MINAM y en estricta observancia al Principio de Cumplimiento de condiciones.



Fuente: MINAM -2013 proceso de implementación de SENACE

El Decreto Supremo N° 003 – 2013 – MINAM aprueba el cronograma de plazos para el proceso de implementación del Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles - SENACE, publicado el día 24 del mes de abril del 2013, y el mismo señala que el proceso de implementación del SENACE se desarrollará de acuerdo a las etapas y actividades referidas en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29968, en estricta observancia al Principio de Cumplimiento de Condiciones, establecido en el numeral 2.2. del artículo 2 de la presente norma y, tomando como referencia el Cronograma y Plazos que se detallan en el Anexo del Decreto Supremo N° 003 – 2013 – MINAM.

Como en la primera etapa que es la de la instalación de unidades del SENACE, en la cual se designara el Consejo Directivo, y el Jefe del SENACE, durante el primer trimestre de aprobada la norma se tendrá que hacer dichas designaciones, y que hasta el momento ya se ha superado el tiempo máximo de la fecha indicada, por lo tanto se ve frustrado todo el proceso de implementación ya que como señala la norma antes citada es constante y continuo que se desarrolla de manera ordenada, progresiva y gradual, sujeto a etapas preclusivas de obligatorio cumplimiento.

Por ello, mediante Carta del Instituto IDLADS PERÚ, dirigida al Ministerio del Ambiente recepcionada por mismo el **18 de setiembre del 2013**, donde se le solicita dé cumplimiento al artículo 3 del Decreto Supremo Nº 003 – 2013 - MINAM, esto es: que cumpla con el cronograma de plazos para el proceso de implementación del Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles - SENACE, publicado el día 24 del mes de abril del 2013, y el mismo señala que el proceso de implementación del SENACE se desarrollará de acuerdo a las etapas y actividades referidas en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley Nº 29968, en estricta observancia al Principio de Cumplimiento de Condiciones, establecido en el numeral 2.2. del artículo 2 de la presente norma y, tomando como referencia el Cronograma y Plazos que se detallan en el Anexo del Decreto Supremo Nº 003 – 2013 – MINAM.

Habiendo transcurrido más de 10 días hábiles sin que el Ministerio del Ambiente -MINAM nos dé una respuesta ni haya **dado cumplimiento al cronograma establecido para implementar el SENACE de acuerdo al D.S Nº 003-2013-MINAM**, y, en consecuencia el IDLADS interpone una acción de cumplimiento con el fin que se dé cumplimiento a la implementación del SENACE, que en la actualidad se encuentra en apelación por haber sido declarada improcedente, sin embargo la demanda presionó al sector ambiente para que progresivamente ya empiece a cumplir la citada implementación.

1.7. EL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

La Ley Nº 29325 crea el Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, establece como ente rector del mismo al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA. Este Sistema tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de la legislación ambiental por parte de todas las personas naturales o jurídicas, así como supervisar y garantizar que las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y potestad sancionadora en materia ambiental, a cargo de las diversas entidades del Estado, se realicen de forma independiente, imparcial, ágil y eficiente, teniendo en cuenta las normas, políticas, planes, estrategias, programas y acciones destinados a coadyuvar a la existencia de ecosistemas saludables, viables y funcionales, al desarrollo de las actividades productivas y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales que contribuyan a una efectiva gestión y protección del ambiente.

El Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental lo conforman jerárquicamente: **a)** el Ministerio del Ambiente (MINAM); **b)** el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA); **c)** las Entidades de Fiscalización Ambiental, Nacional, Regional o Local. Nótese que el MINAM asume un rol supervisor con relación al OEFA, lo que le resta autonomía a la misma, y puede imprimirle un matiz político a algunas de sus decisiones más importantes, especialmente las que puedan afectar la popularidad del gobierno de turno. Por otra parte, las **Entidades de Fiscalización Ambiental Nacional, Regional o Local** son aquellas con facultades expresas para desarrollar funciones de fiscalización ambiental, y ejercen sus competencias con independencia funcional del OEFA, tal es el caso del Ministerio del Ambiente (SERNANP), Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Defensa (DICAPE), el Ministerio de Transporte y Comunicaciones, el Ministerio de Vivienda y Saneamiento, el Ministerio de Salud (DIGESA), las Municipalidades, y los Gobiernos regionales en el ámbito de sus competencias ambientales.

**ESTADO DE TRANSFERENCIA DE POTESTAD SANCIONADORA
EN MATERIA AMBIENTAL EN LOS DIFERENTES SECTORES**

Sector	Potestad Sancionadora en materia ambiental
Minería	OEFA (2010)
Hidrocarburos	OEFA (2011)
Electricidad	OEFA (2011)
Industria	OEFA (junio 2012)
Pesquería	OEFA (marzo 2012)
Transporte	MTC
Defensa	DICAPI
Ambiente	SERNANP
Saneamiento	No tiene
Agricultura	Si tiene (Dirección General Forestal y Fauna Silvestre, ANA, etc.)
Turismo	No tiene
Presidencia del Consejo de Ministros	OSINFOR

Fuente: Resolución del Consejo Directivo N° 003-2010-OEFA/CD; Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM; Decreto Supremo N° 002-2011-MINAM; Resolución de Consejo Directivo N° 001-2011-OEFA/CD; Decreto Supremo N° 009-2011-MINAM; Resolución de Consejo Directivo N° 007-2011-OEFA/CD; y Resolución de Consejo Directivo N° 009 -2011-OEFA/CD; Decreto Supremo N° 019-2010-MINAM

ORGANISMO DE EVALUACION Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL (OEFA)

Organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, la supervisión, el control y la sanción en materia ambiental.

COMPETENCIAS

La Ley N° 29325, otorga al OEFA la calidad de **Ente Rector del citado Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental**, el cual tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de la legislación ambiental por parte de todas las personas naturales o jurídicas, así como supervisar y garantizar que las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y potestad sancionadora en materia ambiental, a cargo de las diversas entidades del Estado, se realicen de forma independiente, imparcial, ágil y eficiente.

El inciso d) del artículo 11 de la Ley N° 29325, establece que el OEFA tiene, entre otras, la función fiscalizadora y sancionadora, la cual comprende la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables y de imponer sanciones por el incumplimiento de obligaciones derivadas de los instrumentos de gestión ambiental, así como de las normas ambientales y de los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA.

FUNCIONES BASICAS

- a) **Dirigir y supervisar la aplicación del régimen común de fiscalización y control ambiental** y el régimen de incentivos previstos en la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, así como fiscalizar y controlar directamente el cumplimiento de aquellas actividades que le correspondan por Ley.
- b) **Ejercer la potestad sancionadora** en el ámbito de sus competencias, aplicando las sanciones de amonestación, multa, comiso, inmovilización, clausura o suspensión, por las infracciones que sean determinadas y de acuerdo al procedimiento que se apruebe para tal efecto, ejerciendo su potestad de ejecución coactiva, en los casos que corresponda.
- c) Realizar acciones de fiscalización ambiental en el ámbito de su competencia.
- d) Supervisar que las entidades competentes cumplan con las funciones de fiscalización establecidas por la legislación vigente.

- e) Emitir opinión técnica sobre los casos de infracción ambiental que puedan dar lugar a la acción penal por la comisión de los delitos tipificados en la legislación pertinente.
- f) Informar al Ministerio Público de aquellos hechos de naturaleza penal que conozca en el ejercicio de su función.

Fuente: Resolución de Consejo Directivo N° 003-2011-OEFA-CD, la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013 y Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29325.

El Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental es la estructura del Estado que permite supervisar, evaluar y fiscalizar el cumplimiento de las normas ambientales, así como las obligaciones derivadas de instrumentos de gestión ambiental como Estudios de Impacto Ambiental, Programas de Adecuación de Manejo Ambiental, Límites Máximos Permisibles, Planes de Cierre de Minas, Planes de Remediación de Pasivos Ambientales, Planes de Contingencias, etc. Desde su nacimiento ha ido perfeccionándose desde los Ministerios competentes hasta ser transferido paulatinamente hacia órganos públicos (Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN), Gobiernos Regionales y Gobiernos Municipales. Sin embargo, como consecuencia de la suscripción del Tratado de Libre Comercio con EE.UU, Capítulo XVIII de Medio Ambiente, se tuvo que reforzar sustantivamente la institucionalidad ambiental, lo que implicó una serie de cambios normativos como la aprobación de la Ley General del Ambiente, la creación de un Ministerio del Ambiente, y nuevas entidades de supervisión con status de órganos públicos técnicos especializados como Organismo de Supervisión de Recursos Forestales y de Fauna Silvestre (OSINFOR), la Autoridad Nacional de Agua (ANA), el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SERNANP), y el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).

El trauma más severo que sufrió el sistema de fiscalización ambiental fue la transferencia de la potestad sancionadora ambiental, en el sector minero, hidrocarburo y electricidad, del OSINERGMIN al OEFA en marzo del 2011. Quizás lo más sensato hubiera sido que el OSINERGMIN hubiera asumido el rol que hoy cumple el OEFA, por la experiencia que tenía en fiscalización ambiental, pero ya está su destino fue otro, y los vientos institucionales soplan hacia un futuro distinto. Lo que seguiría luego sería la transferencia de la potestad sancionadora de los diversos sectores al OEFA, quien será el órgano público que concentrará la potestad sancionadora en materia ambiental, de hecho ya en el 2012, se ha transferido la potestad sancionadora ambiental, en pesquería e industria. Sin embargo, en tanto los demás sectores no efectúen dicha transferencia, seguirán ejerciendo la potestad sancionadora en materia ambiental, este es el caso del Ministerio de Transporte y Comunicaciones, Ministerio de Salud, Ministerio de Defensa, Ministerio de Vivienda, Saneamiento y Construcción, Ministerio del Ambiente, Ministerio de Agricultura, entre otros.

1.7.1. EL INFORME TÉCNICO POR DELITOS ECOLÓGICOS DEL ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL (OEFA)



Una de las grandes esperanzas para mejorar el control y fiscalización de la gestión ambiental que nos trae el Decreto Legislativo N° 1013, es el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental– OEFA, que es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de Derecho público interno, que está encargado de la fiscalización, la supervisión, el control y la sanción en materia ambiental pero adscrito y supervisado por el MINAM. Se dice metafóricamente que la OEFA constituiría las garras y dientes del MINAM que le permitirán fiscalizar la gestión ambiental en los diversos sectores productivos tales como minería, hidrocarburos, electricidad, pesquería, industria, etc. De esta forma, OSINERGMIN dejó la posta a la OEFA en las acciones de evaluación, supervisión, y fiscalización ambiental de las actividades mineras, hidrocarburíferas y eléctricas, proceso de transferencia que culminó en marzo del 2011 como hemos mencionado. Adviértase que las sanciones administrativas en materia ambiental son compatibles con la exigencia de la restauración, rehabilitación o reparación de la situación alterada, según sea el caso, o de la compensación en términos ambientales, cuando lo anterior no fuera posible, impuestas mediante las medidas correctivas o medidas preventivas de conformidad con el artículo IX de la Ley General del Ambiente.

Ahora bien, ciertamente es un inconveniente tener al mismo sector que promueve una actividad económica también tenerlo sancionando los incumplimientos socio ambientales de los concesionarios y administrados, pues la imparcialidad y objetividad se diluyen en medio de una burocracia poco profesionalizada, altamente politizada y bastante desprestigiada por el abierto conflicto de intereses que la envuelve y le impide tener una autentica capacidad fiscalizadora a lo largo de la dos últimas décadas. Empero, si bien el OEFA viene en teoría a solucionar este problema, y puede sancionador a los administrados, existe un obstáculo de que carece de capacidad sancionadora sobre autoridades ambientales sectoriales a las que solo puede supervisar, y por otra parte, aún no tienen la capacidad instalada suficiente si quiera para ejercer la potestad sancionadora que se las ha sido transferida, específicamente en el caso de energía y minas, y producción, a ello se suma la alta rotación de personal, y la politización del acceso a sus puestos directivos más estratégicos como el Consejo Directivo, la Presidencia y las Direcciones de

línea. Advirtamos que el OEFA, según el Decreto Legislativo N° 1013, tiene entre sus funciones las siguientes:

- a) **Dirigir y supervisar la aplicación del régimen común de fiscalización y control ambiental y el régimen de incentivos, así como fiscalizar y controlar directamente el cumplimiento de aquellas actividades que le correspondan por Ley.** A diciembre del 2012, tres años después de creado el OEFA, no se aprobado un régimen común de fiscalización y control ambiental, y menos un régimen de incentivos, lo cual resulta muy lamentable especialmente porque actualmente conviven distintos sectores con diversos procedimientos sancionadores. Empero, la absorción de las capacidades sancionadora de las diferentes entidades ambientales es la forma como se uniformizara el régimen de fiscalización y control ambiental, el problema es que el OEFA todavía no dispone de la infraestructura mínima para ejercer dichas facultades, porque los propios sectores transferentes carecían de las mismas además de requerir de una profesionalización de los puestos técnicos, y el establecimiento de una carrera del empleo público en el sector ambiental.
- b) **Supervisar que las entidades competentes cumplan con las funciones de fiscalización.** Como hemos dicho la OEFA, si bien tiene la facultad de supervisar las labores de los diversas entidades ambientales, el problema es que carece de capacidad sancionadora sobre la entidades públicas supervisadas, esto es, que en caso el OEFA detecte irregularidades en el desarrollo de las funciones de estas entidades públicas no podrán sancionarlas, tendrán que limitarse a dar cuenta de ello a la Contraloría General de la República, y el Ministerio Público, como se observa en el artículo 80º del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM. Recordemos que los conflictos socio ambientales como el Proyecto Tía María, Majes Sigua, Conga o el del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, han puesto en evidencia, la necesidad de que existe una supervisión efectivamente de la labor de las entidades públicas que aprueban los estudios de impacto ambiental, su cumplimiento, así como de los límites máximos permisibles, y esa es una tarea que conforme la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, Numeral 1, Inciso e), corresponde al OEFA, y su ausencia en dicha labor está ocasionando graves conflictos socio ambientales. Adviértase que en los años que existe el OEFA, del 2008 al 2012, este organismo público no ha realizado supervisiones a las entidades con competencias de fiscalización ambiental tales como el Ministerio de Producción, Ministerio de Salud (DIGESA), Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, Ministerio de Defensa (DICAPI), Ministerio de Turismo y Comercio Exterior, Ministerio de Agricultura, entre otros, además de los diferentes gobiernos locales y regionales con competencias en fiscalización ambiental derivadas de la descentralización producida en el país en materia ambiental.
- c) **Emitir opinión técnica sobre los casos de infracción ambiental que puedan dar lugar a la acción penal por la comisión de delitos ecológicos.** Al respecto debemos señalar que el texto original del artículo 149º de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente establece que: *“la formalización de la denuncia por los delitos tipificados en el Título Décimo Tercero del Libro Segundo del Código Penal, requerirá de las entidades sectoriales competentes opinión fundamentada por escrito sobre si se ha infringido la legislación ambiental. El informe será evacuado dentro de un plazo no mayor a 30 días.”* Dicho ello debemos indicar que el texto glosado pertenece a la versión de la Ley General del Ambiente, del 05 de octubre del 2005, que sufrió una derogación tacita cuando el 13 de mayo del 2008, cuando se promulga la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, numeral 1.f. que establece

como una función propia y exclusiva del OEFA, “**el emitir opinión técnica sobre los casos de infracción ambiental que puedan dar lugar a la acción penal por la comisión de los delitos tipificados en la legislación pertinente.**” Y para que no queden dudas, el artículo 149.1 es sustituido de manera expresa el 02 de octubre del 2008, en merito al artículo 4 de la Ley N° 29263, Ley que modifica diversos artículos del Código Penal y de la Ley General del Ambiente, quedando el nuevo texto de la siguiente forma:

“Artículo 149.- Del informe de la autoridad competente sobre infracción de la normativa ambiental.

149.1 En las investigaciones penales por los delitos tipificados en el Título Décimo Tercero del Libro Segundo del Código Penal, será de exigencia obligatoria la evacuación de un informe fundamentado por escrito por la autoridad ambiental, antes del pronunciamiento del fiscal provincial o fiscal de la investigación preparatoria en la etapa intermedia del proceso penal. El informe será evacuado dentro de un plazo no mayor de treinta (30) días, contados desde la recepción del pedido del fiscal de la investigación preparatoria o del juez, bajo responsabilidad. Dicho informe deberá ser meritado por el fiscal o juez al momento de expedir la resolución o disposición correspondiente.

Nótese, el cambio de entidades sectoriales a autoridad ambiental, está dejando atrás de manera expresa un modelo que suponía la existencia previa de un informe técnico de varias autoridades sectoriales para el caso de delitos ecológicos, según corresponda, lo que ahora es superado por el establecimiento de un informe técnico de una única autoridad ambiental, que en este caso es la OEFA, unificando el sistema, adviértase que incluso el verbo usado es en singular no plural como en antaño. En otras palabras, el artículo 4 de la Ley N° 29263, Ley que modifica diversos artículos del Código Penal y de la Ley General del Ambiente, ha tomado en consideración de manera expresa la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, numeral 1, f), pues esta presuponiendo la emisión de la opinión técnica del OEFA, autoridad ambiental, en los casos de infracción ambiental que puedan dar lugar a la acción penal por la comisión de los delitos tipificados en la legislación pertinente.

En ese sentido, es una monstruosidad jurídica que el Ministerio del Ambiente, pretende desconocer este marco legal, con el **Decreto Supremo N° 004-2009-MINAM**, del 16 de marzo del 2009, cuando contrariando la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, numeral 1, f) establece que: “**la autoridad ambiental competente responsable de la elaboración del informe fundamentado a que se refiere el numeral 1 del artículo 149º de la Ley General del Ambiente, será la autoridad ambiental sectorial, sus organismos adscritos, los gobiernos locales y gobiernos regionales, así como los organismos reguladores o de fiscalización competentes en la materia objeto del proceso penal en trámite**”, esto evidentemente desnaturaliza la ley que pretende reglamentar, pues desconoce una de las funciones más importantes del OEFA, y también incumple la legislación precedente y de mayor rango normativo. Y lo peor es que hace que el rol principal del OEFA sea de carácter subsidiario, restaurando el régimen anterior, ya derogado cuando señala que: “en caso que exista más de una autoridad ambiental competente, o que el Fiscal tenga dudas respecto de la competencia asignada, o que la autoridad ambiental competente sea parte en el proceso, solicitará el informe correspondiente al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA. En este caso el OEFA podrá emitir el informe correspondiente o derivarlo de inmediato a

la entidad que considere competente al efecto, para formular su informe.” O sea, sólo excepcionalmente opinara el OEFA en caso de delitos ecológicos, todo un despropósito, y un incumplimiento flagrante de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, numeral 1, f).

Adviértase que el MINAM al aprobar el Decreto Supremo N° 004-2009-MINAM, recortando funciones del OEFA, contraviene el texto expreso de una norma de mayor rango como es la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, numeral 1, f), y además lo establecido por el artículo 4 de la Ley N° 29263, Ley que modifica diversos artículos del Código Penal y de la Ley General del Ambiente, y lo dispuesto por el artículo 13º de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N° 29158, que establece que ningún sector vía reglamentación puede transgredir ni desnaturalizar una ley nacional. Ahora bien, según data oficial del Procurador del MINAM, sólo sean efectuado ciento treinta y tres (133) informes técnicos sustentatorios de delitos ecológicos de parte del OEFA a nivel nacional, en el periodo 2008 al 2012, lo cual significa un número ridículo, a comparación de los delitos que se producen en todo el ámbito nacional, lo cual está revelando el incumplimiento de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, Numeral 1, Incisos f). Concentremos nuestra atención en el artículo 1.1 del Decreto Supremo N° 004-2009-MINAM, que permite que cada sector emita la opinión técnica sobre si concesionario que el autorizo u promovió, está ocasionando con su actividad un delito ecológico, ello en nuestro concepto contraviene la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, Numeral 1, Incisos f), por las siguientes razones:

- a) Por desconocer que la función de elaborar el informe técnico para delitos ecológicos es del OEFA, no de los sectores, conforme de manera expresa lo señala la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, Numeral 1, Incisos f). Y es que no puede ser objetiva, independiente y valido que la misma autoridad que promovió y otorgo la concesión sea responsable de emitir el informe técnico sobre si cometió o no un delito ecológico el concesionario, mediante la propia actividad que la entidad autorizo y promovió, pues es evidente que el sector tiene un conflicto de intereses que se puede apreciar en sus documentos de planificación por objetivos y resultados, en que se encuentra realizar el mayor número de concesiones posibles, e incrementar la ejecución de inversiones privadas. Es el caso, por ejemplo, del Ministerio de Transporte y Comunicaciones, el cual promueve la inversión y concesiones de aeropuertos, pese a existir contaminación sonora ocasionado por el sobrevuelo de aviones en el Callao, siempre opine el citado sector exonerando de responsabilidad al concesionario, y no resguardando el derecho a un ambiente sano y equilibrado de las poblaciones afectadas. En esas condiciones, difícilmente se puede garantizar el cumplimiento del principio de prevención, y el respeto del derecho a un ambiente sano y equilibrado, contemplado en el numeral 22 del artículo 2º de la Constitución Política del Perú.
- b) La forma como el MINAM está desconociendo la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, Numeral 1, Incisos f) es absolutamente incompatible y contraria a la obligación del Estado Peruano, de conservar el ambiente y promover el desarrollos sostenible, en razón a que objetivamente existen intereses en conflicto en los sectores con competencias ambientales, en donde desempeñan la tarea de promoción de inversiones, y a la vez verifican que esta inversión cumpla con la certificación ambiental

correspondiente, y a la vez elaborara el informe técnico para sustentar delitos ecológicos en contra del concesionario al cual promueve. En tal sentido, si tenemos en cuenta el derecho a un ambiente sano y equilibrado implica la obligación del Estado de promover un Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental optimo para resguardar dicho derecho, lo que no se logra si no se permite que el OEFA ejerza las funciones establecidas en la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, Numeral 1, Incisos e) y f).

- c) No garantiza adecuada y efectivamente el derecho a un medio ambiente adecuado y equilibrado. En efecto, el Estado no es un tercero neutral, su función es proteger los derechos fundamentales y en este caso, debe proteger el derecho a vivir en un ambiente adecuado y equilibrado de la población que puede verse afectada por las actividades extractivas asegurándose que las entidades responsables de supervisar y fiscalizar en materia ambiental ejerzan sus funciones de manera objetiva, independiente y sin injerencia de terceros, y ello no se observa en el presente caso, cuando se priva al OEFA de parte de sus funciones legales. Asimismo, se viola principios ambientales de rango constitucional tales como el desarrollo sostenible, conservación, y prevención, los cuales no pueden concretizarse con el actual diseño de aprobación de los EIA. (STC N° 3510-2003-AA, f.j. 2.e y STC N° 0048-2004-PI f.j. 18).
- d) Advirtamos que es obligación de los Estados de remover los obstáculos legales y no legales que impiden el ejercicio de los derechos fundamentales, contenida en el artículo 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos, obligación que ha sido ampliamente desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁶⁸ En ese sentido, se requiere que la autoridad nacional en fiscalización ambiental sea independiente de las funciones de la promoción y entrega de concesiones que requieren la certificación ambiental para garantizar un mínimo de neutralidad, imparcialidad, objetividad, y definitivamente ganar legitimidad social. La ausencia de una autoridad nacional ambiental fuerte que evalué los estudios de impacto ambiental, de manera diferenciada de la autoridad que promueve las concesiones que requieren de certificación ambiental, durante los último veinte años, ello más allá de la reciente creación del SENACE (aún sin implementar), y además el limitar las facultades de fiscalización del OEFA demuestran que no se ha removido los obstáculos legales y no legales para el disfrute efectivo del derecho a un ambiente sano y equilibrado, ni para los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, ni para la sociedad en general.

La adecuación de la normatividad del sector ambiente a la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, Numeral 1, Incisos f), traería consigo la adecuación del Decreto Supremo N° 004-2009-MINAM, y eventualmente su inaplicación por contravenir la obligación del Estado de garantizar de manera independiente, objetiva e imparcial el derecho a un ambiente sano y equilibrado de todos los peruanos conforme el numeral 22 del artículo 2º de la Constitución Política del Perú.

Estas son las razones por las cuales IDLADS interpuso una demanda de cumplimiento contra el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) y el Ministerio del Ambiente a fin que

⁶⁸ Ver por ejemplo la sentencia de la Corte IDH en el Caso Bulacio versus Argentina, Sentencia del 18 de septiembre del 2003 y la sentencia del TC en el Exp. N° 02798-2004-HC/TC, f. j. 19.

se dé cumplimiento a la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo No 1013, Numeral 1, Incisos e) y f), esto es que el MINAM adecue la normatividad sectorial a fin de que el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), cumpla con supervisar que las entidades competentes cumplan con las funciones de fiscalización establecidas en la legislación vigente, y que emita de manera exclusiva opinión técnica sobre los casos de infracción ambiental que puedan dar lugar a la acción penal por la comisión de los delitos tipificados en la legislación pertinente, conforme lo dispuesto por la citada disposición legal. La demanda signada con el Expediente N° 24734-2011-0-1801-JR-CI-07 del Séptimo Juzgado Constitucional de Lima fue admitida, se corrió traslado al MINAM quien en su contestación de la demanda defendiendo la existencia de un OEFA con funciones recortadas, y actualmente el caso se encuentra puesta a despacho para sentenciar.

Ciertamente, lo que está debatiéndose en el fondo del proceso es la existencia de una entidad de fiscalización ambiental objetiva, independiente e imparcial sin conflicto de intereses, y traer por fin abajo un sistema bajo el cual la entidad estatal concesionante sea a la vez el mismo tiempo fiscalizador de actividades productivas donde tiene vivo interés que continúe sin pausa, ejemplo palmario de ello, es el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, que pese a los problemas de contaminación sonora que genera el sector de transporte y comunicaciones está más enfocado en hacerlo crecer y ampliarlo a cualquier costo, sin que sea una preocupación real, el actualizar el Estudio de Impacto Ambiental, o que no se cuente con límites máximos permisibles para las vibraciones y ruido ocasionado por el sobrevuelo de aviones.

1.7.2. LA IMPLEMENTACIÓN DEL INVENTARIO DE PASIVOS HIDROCARBUROS



Si ya resulta realmente preocupante que la entidad fiscalizadora en materia ambiental no pueda ejercer sus competencias en todos los sectores, y que no exista un cronograma de transferencia de funciones claro y que se halla hecho público, es un problema mayor el que el propio OEFA no quiera ejercer funciones claves para la identificación de pasivos ambientales del sector hidrocarburos especialmente porque sin esta labor la remediación de la contaminación generada por actividades de hidrocarburos se vuelve irreal. Advertamos, que la identificación de pasivos ambientales implica determinar el grado e intensidad de la contaminación ambiental, y quien es el responsable de la misma, y debe hacerse cargo de su remediación.

ACCIONES DE FISCALIZACIÓN A LA EMPRESA PLUSPETROL NORTE S.A. *				
N° Ord.	Expediente	Administrado	Lote	Estado
1	Exp. N° 183953	Pluspetrol Norte. S.A.	Lote 1AB	Con recurso de apelación
2	Exp. N° 155648	Pluspetrol Norte. S.A.	Lote 1AB	Confirmado por TFA
3	Exp. N° 188069/ 042-2012-DFSAI/PAS	Pluspetrol Norte. S.A.	Lote 1AB	Con recurso de apelación
4	Exp. N° 171280	Pluspetrol Norte. S.A.	Lote 8	Con recurso de apelación
5	Exp. N° 179115	Pluspetrol Norte. S.A.	Lote 8	Confirmado TFA
6	Exp. N° 182888	Pluspetrol Norte. S.A.	Lote 8	Con recurso de apelación
7	Exp. N° 163901	Pluspetrol Norte. S.A.	Lote 1AB	Archivo
8	Exp. N° 187061/140-2010-DFSAI/PAS	Pluspetrol Norte. S.A.	Lote 8	Firme
9	Exp. N° 145-2012-DFSAI/PAS	Pluspetrol Norte. S.A.	Lote 8	Con recurso de apelación
10	Exp. N° 179305	Pluspetrol Norte. S.A.	Lote 1AB	Con recurso de apelación
11	Exp. N° 267-2012	Pluspetrol Norte. S.A.	Lote 8	Iniciado
12	Exp. N° 185-2012	Pluspetrol Norte. S.A.	Lote 8	Iniciado
13	Exp. N° 184-2012	Pluspetrol Norte. S.A.	Lote 8	Iniciado
14	Exp. N° 137-2012	Pluspetrol Norte. S.A.	Lote 8	Iniciado
15	Exp. N° 178326	Pluspetrol Norte. S.A.	Lote 1AB	Iniciado
16	Exp. N° 245-2012	Pluspetrol Norte. S.A.	Lote 1AB	Iniciado
17	Exp. N° 187702/146-2012-DFSAI/PAS	Pluspetrol Norte. S.A.	Lote 1AB	Iniciado
18	Exp. N°148-2012-2012-DFSAI/PAS	Pluspetrol Norte. S.A.	Lote 8	Iniciado
19	Exp. N° 152-2012-2012-DFSAI/PAS	Pluspetrol Norte. S.A.	Lote 8	Iniciado
20	Exp. N° 153-202-DFSAI/PAS	Pluspetrol Norte. S.A.	Lote 8	Iniciado
21	Exp. N° 147-2012 DFSAI/PAS	Pluspetrol Norte. S.A.	Lote 1AB	Iniciado
22	520-2012-OEFA/DS	Pluspetrol Norte. S.A.	Lote 8	Para Análisis de inicio de PAS
23	1173-2011-OEFA/DS	Pluspetrol Norte. S.A.	Lote 1AB	Para Análisis de inicio de PAS
24	692-2012-OEFA/DS	Pluspetrol Norte. S.A.	Lote 1AB	Para Análisis de inicio de PAS

* Todas estas acciones de fiscalización fueron realizadas a la Empresa Pluspetrol Norte S.A. en el Departamento de Loreto, Provincia de Loreto y Distrito de Trompeteros.

FUENTE: Carta N° 023-2013/OEFA-RAI, emitida Ana María Chu-Lao Chuy, Responsable del Acceso la Información Pública del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA.

Los pasivos ambientales derivados de actividades de hidrocarburos que considera la norma son los pozos e instalaciones mal abandonados, los suelos contaminados, los efluentes, emisiones, restos o depósitos de residuos ubicados en cualquier lugar del territorio nacional, incluyendo el zócalo marino, producidos como consecuencia de operaciones en el subsector hidrocarburos, realizadas por parte de empresas que han cesado sus actividades en el área donde se produjeron dichos impactos.

La clasificación, elaboración, actualización y registro del inventario de los pasivos ambientales está a cargo del Ministerio de Energía y Minas- MEM. La identificación de los pasivos ambientales está

a cargo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN, siendo competente para efectuar la supervisión de campo a efecto de determinar los posibles pasivos ambientales en aquellos casos en donde no sea posible identificar a los titulares. Efectivamente la naturaleza y competencia de ambas instituciones nos permiten concluir que estas nuevas responsabilidades que se les imponen son acordes con el rol rector (MEM), y fiscalizador de las actividades de hidrocarburos (OSINERGMIN), que ambos organismos desempeñan; y que con el advenimiento del Decreto Legislativo N° 1013, el OEFA debe asumir la última función. Empero, el corazón de esta norma se encuentra en el artículo 4º de la Ley N° 29134 referido a la determinación de los responsables de los pasivos ambientales que serán determinados por el Ministerio de Energía y Minas, previo informe del OSINERGMIN.⁶⁹

Advirtamos que los criterios para determinar a los responsables de pasivos ambientales son los siguientes:

- a) Las empresas que estén operando en las actividades del subsector hidrocarburos asumen la responsabilidad de los pasivos ambientales que hayan generado, así como aquellos generados por terceros que hayan asumido en los respectivos contratos de transferencia o cesión, o de cualquier otra forma.
- b) Las empresas que hubieran generado pasivos ambientales que no estén operando y cuyos titulares hayan sido identificados como generadores de los pasivos ambientales son responsables de estos.
- c) En todos aquellos casos en donde no sea posible identificar a los responsables de los pasivos ambientales, el Estado asumirá progresivamente su remediación.
- d) En los nuevos contratos de licencia o servicios, que celebre Perupetro S.A. con empresas contratistas, se deberá incluir una cláusula precisando las responsabilidades por los pasivos ambientales que pudieran encontrarse en el área, siendo posible que la remediación sea asumida por el nuevo contratista o por el anterior, según lo que Perupetro S.A. hubiera pactado con este.

El artículo 5º de la Ley N° 29134 establece que en los casos de pasivos ambientales que requieran inmediata mitigación, por representar un alto riesgo a la seguridad de la población, el Estado podrá asumir los gastos de su remediación, debiendo repetir contra los responsables de la generación de dichos pasivos. Esta obligación del Estado de actuar o asumir la remediación de pasivos ambientales que causen un grave riesgo la salud de la población nace del numeral 22 del artículo 2º de la Constitución Política del Perú y el artículo I de la Ley General del Ambiente, según el cual “toda persona tiene el derecho irrenunciable a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida”.

Existe una obligación concurrente del Estado y de los operadores de hidrocarburos de mantener aquellas condiciones naturales del ambiente, a fin de que la vida humana exista en condiciones ambientalmente dignas. El Estado democrático de derecho debe proteger a las personas contra los

⁶⁹ OSINERGMIN mediante el artículo 1º de la Ley 28964, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” de fecha 24.01.07, y convierte al ex OSINERG en fiscalizador de las actividades en los subsectores de Electricidad, Hidrocarburos y Minería.

ataques al medio ambiente en el que se desenvuelva su existencia, para permitir que el desarrollo de la vida se realice en condiciones ambientales aceptables.

Por ello los responsables de los pasivos ambientales están obligados a presentar un Plan de Abandono de Área que contemple las acciones que se comprometen a efectuar para la descontaminación, restauración, reforestación, retiro de instalaciones y otras que sean necesarias para remediar los pasivos ambientales que hubieran generado, teniendo en cuenta las condiciones originales del ecosistema, las condiciones geográficas actuales y el uso futuro del área conforme lo señala el artículo 6º de la Ley N° 29134. En caso que el responsable de un pasivo ambiental se encuentre imposibilitado físicamente de ejecutar la remediación parcial o total del área impactada, estará obligado a abonar el monto de la compensación que corresponda, el mismo que será determinado por el Ministerio de Energía y Minas y será utilizado para las actividades de abandono y remediación.

El artículo 6º de la Ley N° 29134 también señala que las empresas que cuentan con un Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA) o Programa Ambiental Complementario (PAC) sólo tendrán que presentar el Plan de Abandono de Área, respecto de aquellos pasivos que no se encuentran contemplados en dichos instrumentos ambientales. El plazo máximo para la presentación del Plan de Abandono de Área, será de un (1) año, contado a partir de la vigencia de la aprobación del reglamento de la ley bajo comentario. El plazo para la ejecución del Plan de Abandono de Área, por parte de los responsables de los pasivos ambientales, no será mayor a tres (3) años, contados desde la fecha de aprobación del Plan por parte de la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos del Ministerio de Energía y Minas. Excepcionalmente, y sólo cuando la magnitud del pasivo ambiental lo amerite, dicha Dirección podrá aprobar un plazo de hasta cuatro (4) años.

1.7.2.1. TRANSFERENCIA DE FUNCIONES DE SUPERVISIÓN, EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN EN MATERIA DE HIDROCARBUROS DE OSINERGMIN A OEFA, Y LA IDENTIFICACIÓN DE PASIVOS DE HIDROCARBUROS

El Decreto Legislativo No 1013, crea al Ministerio del Ambiente, la Autoridad Nacional del Agua, el SERNANP, y el OEFA, determinando que este último sería el ente de supervisión, evaluación y fiscalización ambiental de todos los sectores, absorbiendo las funciones que OSINERGMIN, ejercía al respecto, cito textualmente:

“SEGUNDA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL DEL DECRETO LEGISLATIVO 1013.- CREACIÓN DE ORGANISMOS PÚBLICOS ADSCRITOS AL MINISTERIO DEL AMBIENTE:

1. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental.- Créase el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, como organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, constituyéndose en pliego presupuestal, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, la supervisión, el control y la sanción en materia ambiental que corresponde. Sus funciones básicas serán las siguientes:

a) Dirigir y supervisar la aplicación del régimen común de fiscalización y control ambiental y el régimen de incentivos previstos en la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, así

como fiscalizar y controlar directamente el cumplimiento de aquellas actividades que le correspondan por Ley.

- b) Ejercer la potestad sancionadora en el ámbito de sus competencias, aplicando las sanciones de amonestación, multa, comiso, inmovilización, clausura o suspensión, por las infracciones que sean determinadas y de acuerdo al procedimiento que se apruebe para tal efecto, ejerciendo su potestad de ejecución coactiva, en los casos que corresponda.*
- c) Elaborar y aprobar el plan anual de fiscalización ambiental, así como elaborar el informe de resultados de aplicación del mismo.*
- d) Realizar acciones de fiscalización ambiental en el ámbito de su competencia.*
- e) **Supervisar que las entidades competentes cumplan con las funciones de fiscalización establecidas por la legislación vigente.***
- f) Emitir opinión técnica sobre los casos de infracción ambiental que puedan dar lugar a la acción penal por la comisión de los delitos tipificados en la legislación pertinente.*
- g) Informar al Ministerio Público de aquellos hechos de naturaleza penal que conozca en el ejercicio de su función.”*

Recordemos que el artículo 6º de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, Ley N° 29325, establece que el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, que constituye un pliego presupuestal. Se encuentra adscrito al MINAM y se encarga de la fiscalización, supervisión, evaluación, control y sanción en materia ambiental, así como de la aplicación de los incentivos, y ejerce las funciones previstas en el Decreto Legislativo N° 1013. El OEFA es el ente rector del Sistema de Evaluación y Fiscalización Ambiental. En ese sentido, se establece en el artículo 11º de la citada ley, que son funciones generales del OEFA:

- a) **Función Evaluadora:** comprende las acciones de vigilancia, monitoreo y otras similares que realiza el OEFA, según sus competencias, para asegurar el cumplimiento de las normas ambientales.
- b) **Función Supervisora Directa:** comprende la facultad de realizar acciones de seguimiento y verificación con el propósito de asegurar el cumplimiento de las normas, obligaciones e incentivos establecidos en la regulación ambiental por parte de los administrados. En ese sentido, como parte del desarrollo de esta función es que naturalmente se desprende que pueda identificar pasivos ambientales de hidrocarburos, y adicionalmente de otros sectores.
- c) **Función Supervisora de Entidades Públicas:** comprende la facultad de realizar acciones de seguimiento y verificación del desempeño de las Entidades de Fiscalización Ambiental Nacional, Regional o Local.
- d) **Función Fiscalizadora y Sancionadora:** comprende la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables y de imponer sanciones por el incumplimiento de obligaciones derivadas de los instrumentos de gestión ambiental, así como de las normas ambientales y de los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA.
- e) **Función Normativa:** comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo,

y otras de carácter general referidas a intereses, obligaciones o derechos de las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que fiscaliza.

Asimismo, sobre el proceso de transferencia de funciones del OSINERGMIN al OEFA se establece, en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, Ley N° 29325, que mediante Decreto Supremo refrendado por los Sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de **evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción** en materia ambiental serán asumidas por el OEFA, así como el cronograma para la transferencia del respectivo acervo documentario, personal, bienes y recursos, de cada una de las entidades.

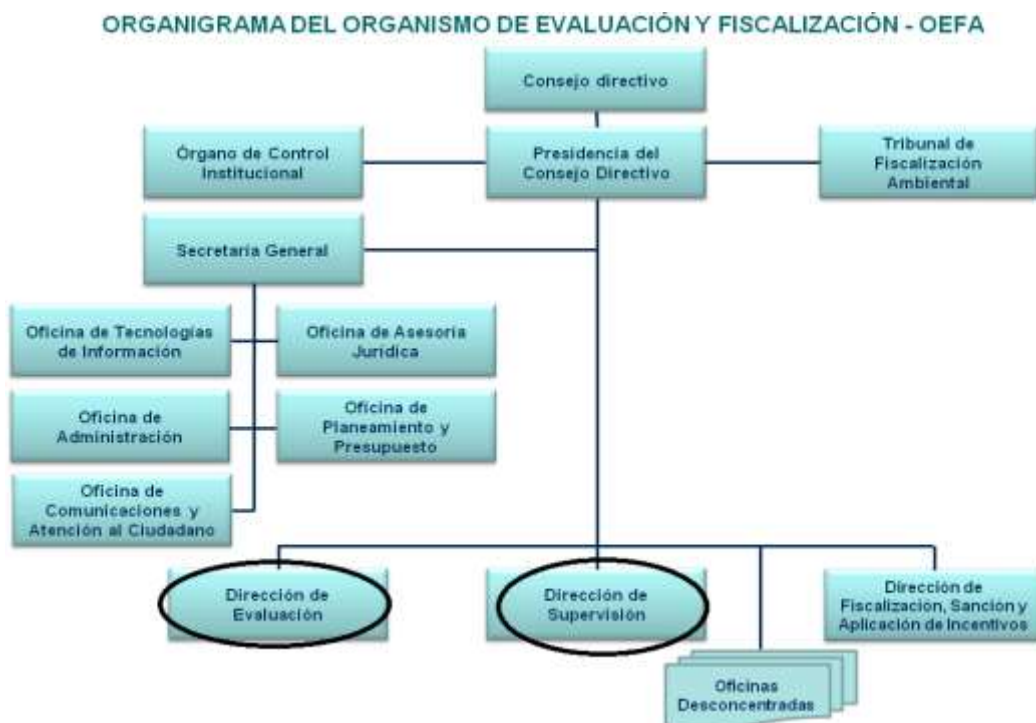
Por otra parte, las entidades sectoriales que se encuentren realizando funciones de **evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción** en materia ambiental, tales como el OSINERGMIN, en un plazo de treinta (30) días útiles, contado a partir de la entrada en vigencia del respectivo Decreto Supremo, deben individualizar el acervo documentario, personal, bienes y recursos que serán transferidos al OEFA, poniéndolo en conocimiento y disposición de éste para su análisis acordar conjuntamente los aspectos objeto de la transferencia. Dentro de los treinta (30) días posteriores de haberse acordado todos los aspectos objeto de la transferencia con cada entidad, el Consejo Directivo del OEFA emitirá la respectiva Resolución que apruebe las mismas y determine la fecha en que el OEFA asumirá las funciones transferidas.

Así, mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, se dio inicio al proceso de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN, al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA. Asimismo, el artículo 2° del citado Decreto establece que el proceso de transferencia de funciones se ejecutará conforme a los términos y plazos establecidos en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N°29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, complementados de acuerdo a lo establecido en el artículo 3° del indicado Decreto Supremo, y que como resultado de dicho proceso, se transferirán el acervo documentario, personal, bienes y recursos destinados al ejercicio y cumplimiento de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental, conforme a las disposiciones legales sobre la materia.

En ese sentido, mediante Acta N° 010-2010-CTOO, de fecha 06 de enero de 2011, la Comisión de Transferencia de OSINERGMIN y OEFA acordó los aspectos objeto de la transferencia de funciones entre el OEFA y el OSINERGMIN; y posteriormente mediante Sesión Ordinaria N° 005-2011, de fecha 1 de marzo de 2011, el Consejo Directivo del OEFA adoptó el acuerdo de aprobar los aspectos objeto de la transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de hidrocarburos en general y electricidad, entre el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN), y el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA. Finalmente, en razón a ello, se aprueba **Resolución de Consejo Directivo N° 001-2011-OEFA/CD**, la transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de hidrocarburos en general y electricidad, entre el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN, y el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, dentro de los cuales, conforme lo reconoce el Ministerio de Energía y Minas, y el OSINERGMIN, está expresamente la facultad de supervisión en materia ambiental, dentro de la cual se encuentra, evidentemente la identificación de pasivos de hidrocarburos.

1.7.2.2. EL ROF DEL OEFA Y LA IDENTIFICACIÓN DE PASIVOS AMBIENTALES DE HIDROCARBUROS

El OEFA cuenta con una **Dirección de Evaluación**, conforme lo precisan sus artículos 35º y 36º de su ROF, aprobado por el Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, donde claramente se indica que la Dirección de Evaluación de OEFA, tiene por función “planificar, dirigir, coordinar, concordar y ejecutar actividades de vigilancia y monitoreo de la calidad ambiental que permita la **identificación del estado de la calidad del ambiente y los recursos naturales; así como de los impactos ambientales y efectos potenciales de proyectos, planes o programas,**” y resulta obvio que dentro de dicha labor se encuentre la identificación de pasivos ambientales del sector de hidrocarburos, a mayor abundamiento, otra de las funciones de esta dirección es la de “**realizar las acciones de vigilancia y monitoreo de la calidad ambiental y los componentes del ambiente, a fin de obtener evidencia probatoria objetiva, que dará soporte y fundamento a los procesos de supervisión y fiscalización**” así como emite “**informes técnicos como resultado de las acciones de vigilancia y monitoreo.**” En ese sentido, una de las consecuencia de dichas labores es obviamente, la identificación de pasivos ambientales, en el subsector de hidrocarburos, por lo que el OEFA resulta absolutamente competente para realizar dicha labor, y la de emitir como consecuencia la opinión técnica previa sustento del Inventario de Pasivos Ambientales de Hidrocarburos conforme lo ha señalado tanto el Ministerio de Energía y Minas como el OSINERGMIN, y nosotros también estamos de acuerdo por lo obvio que es que dentro de la facultad de supervisión y evaluación, implique una identificación de pasivos ambientales, dentro de los cuales se encuentran los del sector de hidrocarburos.



Advertimos que se está exigiendo el cumplimiento de los artículos 3º y 4º de la Ley N° 29134, Ley que regula los Pasivos Ambientales del Subsector Hidrocarburos, esto es identifique los pasivos ambientales del subsector de hidrocarburos, efectué la supervisión de campo a efecto de

determinar los posibles pasivos ambientales en aquellos casos en donde no sea posible identificar a los titulares, y emitir el informe correspondiente a efectos de que el Ministerio de Energía y Minas pueda aprobar el Inventario de pasivos ambientales de hidrocarburos. En ese sentido, si ya mediante la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, Ley N° 29325, que el OEFA absorberá las funciones del OSINERGMIN referidas a la evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental, es evidente que las obligaciones establecidas para OSINERGMIN en los artículos 3º y 4º de la Ley N° 29134, Ley que regula los Pasivos Ambientales del Subsector Hidrocarburos, ahora deben ser asumidos por el OEFA. Y en esa línea se aprecia las normas que consolidan al OEFA como órgano de evaluación, supervisión y sancionador tanto en el Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, que inicia el proceso de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN, al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA como la que lo cierra la Resolución de Consejo Directivo N° 00 1 -2011-OEFA/CD. Posición la nuestra compartida por el Ministerio de Energía y Minas, la Presidencia del Consejo de Ministros, el OSINERGMIN, y PERUPETRO, que entienden al igual que nosotros, que el OEFA cuando ejerce la facultad de supervisión y evaluación ambiental en materia ambiental, evidentemente tiene que realizar un proceso de identificación de pasivos ambientales, y entre otros de los de hidrocarburos.

El procurador del Ministerio del Ambiente que defiende al OEFA tiene una interpretación errada y sesgada sobre las funciones del OEFA en cuanto los artículos 3º y 4º de la Ley No 29134, Ley que regula los Pasivos Ambientales del Subsector Hidrocarburos, que es contraria a la interpretación de todo el resto de actores sociales y Entidades Públicas involucradas en las actividades de hidrocarburos, basta con recordar, que las opiniones institucionales del Ministerio de Energía y Minas, OSINERGMIN, Presidencia del Consejo de Ministros y Perupetro, nos dan la razón, como a continuación reseñaremos:

- a) **POSICIÓN DE LA PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS.-** Contenida en el Informe N° 041-2012-PCM-SGM.FSC, de fecha 03 de Octubre del 2012, emitido por la Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros – PCM, la misma que considera que bajo el marco legal vigente la función de supervisión de los Pasivos Ambientales del Subsector Hidrocarburos corresponde al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).
- b) **POSICIÓN DEL MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS.-** Contenida en el Oficio No 459-2012-MEM/DGH, el 11 de abril del 2012, donde la Dirección General de Hidrocarburos del Ministerio de Energía y Minas nos responde remitiéndonos el Informe No 0043-2012-EM-DGH-DNH, donde se concluye que “las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental, se encuentran a cargo del OEFA, en vista la transferencia de funciones realizada por OSINERGMIN. Asimismo, señala que “a efectos el Ministerio de Energía y Minas elabore el inventario de pasivos ambientales del subsector hidrocarburos, se requiere que el OEFA, cumpla sus funciones señaladas en el párrafo anterior, entre ellas la identificación de los pasivos ambientales.” En ese sentido, de manera categórica el Ministerio de Energía y Minas (MINEM) está concluyendo que es el OEFA como el organismo público encargado de la identificación de los pasivos ambientales de hidrocarburos como parte de su facultad de supervisión ambiental, y el mismo que no se resiste a asumir sus competencias funcionales.

- c) **POSICIÓN DE OSINERGMIN.-** Contenida en el Informe No GFHL/UPPD-206-2012 del OSINERGMIN, de fecha 13 de marzo del 2012, esta entidad deja constancia, que es el OEFA el responsable de identificar los pasivos ambientales en el sector de hidrocarburos, así se señala en su primera conclusión que la “identificación de pasivos ambientales, se efectúa en el marco de la función de supervisión del cumplimiento de las normas ambientales o supervisión ambiental, función que, por mandato del numeral 1 de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo No 1013, corresponde ser ejercida por el OEFA en razón que dicha institución tiene competencia para la supervisión ambiental.” Y añade en su cuarta conclusión: “la identificación de pasivos, en el marco de la Ley No 29134, y su Reglamento, no significa solamente la aplicación del D.S. No 032-2004-EM, sino la aplicación de normatividad ambiental y la verificación de su cumplimiento; es decir, el ejercicio de supervisión ambiental, tarea que, según el numeral 1 de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo No 1013 y la Resolución del Consejo Directivo No 001-2011-OEFA/CD, le corresponde al OEFA.” En ese sentido, de manera categórica el OSINERGMIN está identificando al OEFA como el organismo público encargado de la identificación de los pasivos ambientales de hidrocarburos, como parte de su facultad de supervisión y evaluación ambiental, que sin embargo, el OEFA no quiere ejercer dichas competencias funcionales. Posición que reafirma en el Oficio n° 180-2012-OS-PRES/GL, de fecha 18 de Octubre del 2012, por el cual el Presidente del Consejo Directivo del OSINERGMIN concluye que bajo el marco legal vigente la función de supervisión de pasivos ambientales en el subsector hidrocarburos corresponde al OEFA.
- d) **POSICIÓN DE PERUPETRO.-** Contenida en la Carta PRES-PRAC-0289-2012, de fecha 27 de Noviembre del 2012, manifiesta de manera categórica que quien identifica los pasivos de hidrocarburos en el Perú es OEFA, que a la letra dice “d) *En cuanto a la remediación de los pasivos ambientales, les indicamos que la entidad a cargo de la identificación de los mismos es el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), de conformidad a la Ley N° 29134- Ley que regula los pasivos ambientales del subsector de hidrocarburos y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2011-EM*”.

Esta es la razón por la que mediante Carta del Instituto IDLADS PERÚ de fecha 30 de marzo del 2012, se exige OEFA, “dé cumplimiento a los artículos 3º y 4º de la Ley N° 29134, Ley que regula los Pasivos Ambientales del Subsector Hidrocarburos, esto es identifique los pasivos ambientales del subsector de hidrocarburos, efectué la supervisión de campo a efecto de determinar los posibles pasivos ambientales en aquellos casos en donde no sea posible identificar a los titulares, y emitir el informe correspondiente a efectos de que el Ministerio de Energía y Minas pueda aprobar el Inventario de pasivos ambientales de hidrocarburos.” Y frente a ella, el OEFA se niega a ejercer sus competencia, no obstante lo previsto en sus artículos 35º y 36º de su ROF, aprobado por el Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, conforme consta en Carta N° 870-2012-OEFA/DS de fecha 16 de abril del 2012, en que se nos informa que: “*este organismo, no es competente para realizar la identificación de pasivos ambientales en el subsector de hidrocarburos, puesto que la citada identificación, no corresponde a una acción de supervisión y/o fiscalización ambiental propiamente dicha, debido a que se trata de un aspecto técnico, previo al desarrollo de las acciones de fiscalización ambiental, por lo cual corresponde al OSINEGMIN la realización de dicha tarea (...)*”. Y lo peor, es que alega hechos propios para omitir el cumplimiento de sus funciones, pues señala que su Consejo Directivo no ha aprobado de manera expresa la elaboración e identificación de pasivos ambientales del subsector de hidrocarburos cuando esto se desprende evidentemente de la función de supervisión, evaluación y fiscalización ambiental que tiene el

OEFA, según su norma de creación, Decreto Legislativo N° 1013, y la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, Ley N° 29325, y esa interpretación clara y diáfana la tenemos tanto, el MINEM, OSINERGMIN como nosotros.

En ese sentido, el OEFA, al ser renuente a cumplir los artículos 3º y 4º de la Ley N° 29134, Ley que regula los Pasivos Ambientales del Subsector Hidrocarburos, esto es identifique los pasivos ambientales del subsector de hidrocarburos, efectué la supervisión de campo a efecto de determinar los posibles pasivos ambientales en aquellos casos en donde no sea posible identificar a los titulares, y emitir el informe correspondiente a efectos de que el Ministerio de Energía y Minas pueda aprobar el Inventario de pasivos ambientales de hidrocarburos, y, teniendo en cuenta que el plazo legal razonable para realizarlo se encuentra vencido, ello nos legitimó a interponer la acción de cumplimiento que ha sido admitida por el Segundo Juzgado Constitucional de Lima en el expediente signado con el N° 07808-2012, corriéndole traslado al OEFA de la misma, quien insiste en no asumir sus funciones. Actualmente, la demanda ha sido declarada FUNDADA, y el OEFA ha admitido su competencia como identificador de Pasivos Ambientales de Hidrocarburos, a través de su Dirección de Supervisión.

1.7.3. EL INFORME DE FISCALIZACIÓN PREVIA DEL OSINERGMIN EN ACTIVIDADES DE DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE HIDROCARBUROS

El respeto al derecho a un ambiente sano y equilibrado implica generar mecanismos y medios para efectivizarlo, y garantizar su respeto, en el marco de una economía de libre mercado, donde el rol regulador del Estado, también lo obliga a crear entidades estatales que velen por el correcto funcionamiento de las actividades empresariales y productivas, y en ese contexto, en que nace en la década de los noventa del siglo pasado (1996), el OSINERGMIN, que norma, regula, supervisa y fiscaliza el cumplimiento de las obligaciones legales, técnicas y contractuales de las actividades de los sub sectores de electricidad, hidrocarburos, gas natural y minería conforme su Ley de creación N° 26734 y Ley complementaria N° 27699 así como la Ley Marco de Organismos Reguladores N° 27332, para efecto asegurar un funcionamiento en condiciones seguras, eficientes e idóneas de estas actividades, y en ese contexto, el OSINERGMIN queda encargado mediante D.S. N° 004-2010-EM de administrar, regular y simplificar el Registro de Hidrocarburos como título habilitante que otorga el Estado a los titulares de grifos, estaciones de servicios, gasocentros y locales de venta de GLP, entre otros para que puedan brindar un servicio seguro y de calidad, y sin afectar derechos de las comunidades locales en que se instalan, emitiendo para ello, previamente a su instalación, e inicio de sus operaciones, un informe técnico previo que verifica las condiciones de seguridad y técnicas de operaciones en que funcionarían los mismos.

Así, el artículo 12º y 18º del Decreto Supremo N° 030-98-EM, que aprueba el Reglamento para la Comercialización de Combustibles Líquidos y Otros Productos Derivados de Hidrocarburos (OPDH), establece que OSINERGMIN es el órgano competente de otorgar el Informe Técnico Favorable para autorizar la instalación y uso y funcionamiento de Plantas de Abastecimiento, de Plantas de Abastecimiento en Aeropuertos, de Establecimientos de Venta al Público de Combustibles (grifos y estaciones de servicios) e Instalaciones para Consumo Directo de Combustibles. Asimismo, el artículo 3º del Decreto Supremo N° 001-2007-EM, que modifica y complementa el Decreto Supremo N° 01-94-EM, que aprueba el Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo (GLP), establece que OSINERGMIN es el organismo competente para establecer los procedimientos administrativos y los requisitos para la obtención de los Informes Técnicos

Favorables de Instalación y/o de Uso y Funcionamiento de los diferentes agentes de la cadena de comercialización de Gas Licuado de Petróleo y finalmente el artículo 11º del Decreto Supremo Nº 006-2005-EM, que aprueba el Reglamento para la Instalación y Operación de Establecimientos de Venta al Público de Gas Natural Vehicular (GNV), el OSINERG es el órgano competente para establecer los procedimientos administrativos para la obtención de los ITFs de Instalación y de Uso y Funcionamiento.



El Informe Técnico Favorable es un dictamen estimatorio expedido por el OSINERGMIN⁷⁰ para las solicitudes de instalación o uso y funcionamiento presentadas por los administrados que desean desarrollar una actividad de hidrocarburos y que resulta de las supervisiones pre-operativas efectuada por la autoridad administrativa, para garantizar el cumplimiento de las disposiciones técnicas y de seguridad en todas las instalaciones de procesamiento, almacenamiento, transporte y/o comercialización de hidrocarburos, las cuales garantizan el derecho a un ambiente sano y equilibrado de los usuarios, transeúntes, vecinos y ciudadanía en general aledaña a estos establecimientos comerciales.

El Texto Único de Procedimiento Administrativo (TUPA) del OSINERGMIN, aprobado mediante el Decreto Supremo Nº 023-2009-PCM, estableció los requisitos para solicitar el Informe Técnico Favorable para las actividades del Sub-Sector Hidrocarburos supervisadas por ese organismo. En la cual, se definió como etapas de supervisión para obtener dichos Informes pre-operativos que autorizan los proyectos de grifos y estaciones de servicios: i) La instalación; b) La verificación de prueba de hermeticidad, y; c) El uso y funcionamiento.

⁷⁰ Cuya área responsable dentro dicho organismo es la Gerencia de Fiscalización de Hidrocarburos Líquidos.

En las etapas de instalación, el OSINERGMIN requiere toda la documentación necesaria sobre el proyecto de construcción del grifo y/o estación de servicio, mientras que en la etapa de prueba de hermeticidad, se verifica la ausencia de fugas en los tanques de almacenamientos de combustibles líquidos y OPDH, pero más importante aun en la etapa de uso y funcionamiento el OSINERGMIN supervisaba que la construcción del grifo y/o estación de servicio ejecutada, estuviera conforme al proyecto de instalación y por tanto cumpliera con las normas técnicas y de seguridad del sector para operar. Es así que los informes técnicos que requería supervisión hasta antes de la vigencia de la Resolución N° 191-2011-OS/CD, eran los siguientes:

Instalación	I
Instalación de Modificación y/o Ampliación	IMA
Verificación de Pruebas de Hermeticidad	VPH
Uso y Funcionamiento	UF
Uso y Funcionamiento de Modificación y/o Ampliación	UFMA
Verificación del Plan de Abandono	VPA

En ese orden de ideas, las actividades sujetas a supervisión previa ya sea en la etapa de instalación, prueba de hermeticidad, y uso y funcionamiento, eran mayor hasta antes de la vigencia de la Resolución N° 191-2011-OS/CD que sustentarán actos administrativos que amenazan de manera inminente el derecho a un ambiente sano y equilibrado, existiendo por tanto mayores garantías y menos riesgo en la anterior normativa para las operaciones de grifos y estaciones de servicio, grifos flotantes, grifos rurales con almacenamientos en cilindros, consumidor directo de GLP, Distribuidor a granel de GLP, Distribuidor de GLP en cilindros, Distribuidor Minorista de Combustible Líquido y/u OPDH, local de venta de GLP, medios de transporte terrestre de combustibles líquidos, GLP u OPDH, red de distribución de GLP, conforme se puede apreciar en el siguiente cuadro:

N°	Actividad:	I	IMA	VPH	UF	UFMA	VPA
1	Consumidores Directos de Combustibles Líquidos y/u OPDH				x	x	x
2	Estaciones de Servicio / Grifos	x	x	x	x	x	x
3	Grifos Flotantes	x	x	x	x	x	x
4	Grifos con Almacenamiento en Cilindros	x	x		x	x	x
5	Gasocentro de GLP	x	x	x	x	x	x
6	Consumidores Directos de GLP a Granel que cuentan con surtidor	x	x		x	x	
7	Consumidores Directos de GLP a Granel que no cuentan con surtidor				x	x	
8	Locales de Venta de GLP (Capacidad Almacenamiento > 5000 kg)				x	x	
9	Locales de Venta de GLP (Capacidad Almacenamiento ≤ 5000 kg)				x	x	
10	Medios de Transporte Terrestre de Combustibles Líquidos y/u OPDH				x	x	
11	Medios de Transporte Marítimo, Fluvial y Lacustre de Combustibles Líquidos				x	x	
12	Medios de Transporte de GLP a Granel				x	x	
13	Medios de Transporte de GLP en Cilindros				x	x	
14	Redes de Distribución de GLP				x	x	

Fuente: Resolución de Consejo Directivo N° 091-2010-OS/CD, la Res. N° 193-2009-OS/CD, Res. N° 083-2010-OS/CD y Res. N° 755-2007-OS/CD.

Sin embargo, a raíz de la dación de la Resolución N° 193-2009-OS/CD, que aprueba el Procedimiento simplificado de ITF, que tuvo por objeto simplificar el Trámite de Solicitud de Informe Técnico Favorable para Uso y Funcionamiento y para Uso y Funcionamiento de

Modificación y/o Ampliación, aplicable a Consumidores Directos de Gas Licuado de Petróleo (GLP) que no cuenten con surtidores, Locales de Venta de GLP, Medios de Transporte de GLP y Redes de Distribución de GLP. Este organismo omitió cumplir con la función supervisora encomendada, al otorgar autorizaciones para la instalación y funcionamiento de esas actividades peligrosas con la sola presentación de declaraciones juradas y fotos entregadas por los administrados. Situación, que pretende generalizarse con aprobación de la Resolución N° 191-2011-OS/CD.

El 03 de febrero del 2010, se publicó el D.S. N° 004-2010-EM, que transfiere a OSINERGMIN el Registro de Hidrocarburos que anteriormente estaba a cargo de la Dirección General de Hidrocarburos del Ministerio de Energía y Minas (MEM), dicho registro viene a constituir el mecanismo que permite a toda persona natural o jurídica inscrita en él, desarrollar actividades de hidrocarburos, (sea grifos y/o estaciones de servicios u otros) y que exigía como requisito previo el Informe Técnico Favorable de Uso y Funcionamiento, conforme lo estableció la Resolución N° 091-2010-OS/CD, en su parte considerativa *“Que, el Informe Técnico de Uso y Funcionamiento regulado por la norma indicada en el considerando precedente, constituye, entre otros, un requisito previo para la inscripción en el Registro de Hidrocarburos de OSINERGMIN”*, en virtud del Decreto Supremo N° 030-98-EM. Por lo que, la Resolución N° 191-2011-OS/CD al contravenir en el D.S. N° 030-98-EM resulta abiertamente ilegal e inconstitucional por infracción al numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú.

Así, mediante la Resolución N° 191-2011-OS/CD, el OSINERGMIN se desaparece la supervisión previa de uso y funcionamiento para todas las actividades de hidrocarburos, lo que significa que se prescindirá de verificar, las construcciones ejecutadas de las instalaciones de procesamiento, almacenamiento, transporte y/o comercialización de hidrocarburos sea grifos, estaciones de servicios, gasocentros u otras actividades afines, procediendo directamente a la inscripción en el registro de hidrocarburos, con la sola presentación de una declaración jurada de cumplimiento de las normas legales, técnicas y de seguridad, trasladando la responsabilidad de verificar dicha conformidad a los administrados, quienes tienen incentivos necesarios para presentar declaraciones falsas como ocurre en los locales de venta de GLP que tiene un procedimiento simplificado y cuya fiscalización posterior no se realiza sobre el 100% de las autorizaciones otorgadas (Véase información proporcionada por OSINERGMIN sobre fiscalización posterior). En ese sentido, el derecho a un ambiente sano y equilibrado no se está resguardando debidamente aplicando el principio de prevención y el principio precautorio previsto en la Ley General del Ambiente, con el fin de evitar perjuicios irreparables al ambiente, la salud y vida de las personas que usan, transitan o colindan con dichos establecimientos.

Este panorama es más crítico aun, cuando la Resolución N° 191-2011-OS/CD exceptúa también de ITF de instalación y uso y funcionamiento a algunas actividades que debido a su desarrollo en medios susceptibles de contaminación (ríos o lagos navegables) representa un peligro o amenaza inminente contra el ambiente, como es el caso de los grifos flotantes, que antes de la vigencia de la norma se exigía las tres supervisiones previas antes mencionadas (Instalación, Verificación de prueba de hermeticidad y Uso y funcionamiento) mientras que actualmente solo se requiere la solicitud de inscripción en el Registro de Hidrocarburos para operar. Entre otras actividades que se detalla en el siguiente cuadro:

Actividades	ITF	AV	RH
	Anexo 2.1	Anexo 2.2	Anexo 2.3
Consumidor Directo de CL y/u OPDH (menor a 5MB)	X	X	X
Consumidor Directo con Instalaciones Móviles de CL y/u OPDH (menor a 5MB)	X	X	X
Consumidor Directo de GLP			X
Distribuidor a granel de GLP			X
Distribuidor de GLP en cilindros			X
Distribuidor minorista de combustible líquido y/u OPDH			X
Estación de Servicios	X	X	X
Estación de Servicios con Gasocentro de GLP	X	X	X
Gasocentro de GLP	X	X	X
Grifos	X	X	X
Grifos Flotantes			X
Grifo Rural con Almacenamiento en Cilindros			X
Local de Venta de GLP			X
Medio de Transporte Terrestre de Combustible Líquido, GLP u OPDH			X
Red de Distribución de GLP			X
Informe Técnico Favorable			ITF
Acta de Verificación de Pruebas y de Conformidad			AV
Registro de Hidrocarburos			RH

En la exposición de motivos de la norma materia de amparo, se expresa que el Decreto Supremo Nº 004-2010-EM, que transfiere el registro de hidrocarburos le encomienda la tarea de simplificar el registro, razón por la cual se ha optado por optimizar los requisitos y procedimientos vinculados a la inscripción, modificación, suspensión, cancelación y habilitación de agentes, eliminando aquello que cautela el derecho a un ambiente sano y equilibrado y la seguridad pública de los ciudadanos frente a dichas actividades riesgosas, como es el requisito previo de la supervisión pre-operativa y privilegiando la potestad de controles posteriores, sin tener en cuenta que con ello se expone a los usuarios, vecinos y transeúntes de dichos establecimientos a ver vulnerado su derecho a un ambiente sano y equilibrado, como consecuencia de los accidentes que generarían la potencial explosión e incendio de combustibles líquidos y GLP al no haberse verificado previamente a su entrada en operación el cumplimiento de las normas técnicas y de seguridad del sector. Con ello, el Estado ha renunciado a su poder de policía para promover el crecimiento y acceso al mercado de las inversiones privadas del sector sin respetar el derecho a un ambiente sano y equilibrado y la seguridad de la ciudadanía.

Los principios de la Ley de Procedimiento Administrativo General, N° 27444 como: simplicidad, eficacia, presunción de veracidad y privilegio de controles posteriores que sustentan la Resolución N° 191-2011-OS/CD, hace incurrir en omisión de funciones ya que se incumplen normas de mayor jerarquía como es la Ley N° 26734, Ley de creación de OSINERG, Ley N° 27332, Ley Marco de Organismos Reguladores de los Servicios Públicos y Decreto Supremo N° 030-98-EM, Reglamento para la Comercialización de Combustibles Líquidos u OPDH, ya que no se debe confundir el principio de simplicidad que exige la ley que busca la eliminación de complejidades innecesarias ponderadas con la aprobación automática de una actividad altamente riesgosa que requiere de supervisión previa antes de iniciar operaciones y que de no ser así podría significar un peligro inminente para el ambiente, la salud y la vida de las personas. De igual forma, el principio de eficacia debe velar por la finalidad del acto procedimental, entonces corresponde preguntarnos cuál es la finalidad que persigue este procedimiento, no es sólo el otorgamiento de permisos o autorizaciones para desarrollar actividades de hidrocarburos, sino además cumplir con el poder de policía encomendada por el Estado, que es garantizar que dichas actividades se presten en condiciones técnicas y de seguridad a fin de cautelar un ambiente sano y equilibrado para desarrollo de la vida.

Por otra parte, respecto al principio de presunción de veracidad no estamos frente a una presunción absoluta puesto que dicha documentación o declaraciones debe ser corroborada por la administración pública, es ahí donde se pretende aplicar la fiscalización posterior, sin tomar en cuenta que ella se hará sobre una muestra aleatoria dejando un gran porcentaje establecimientos autorizados mediante este procedimiento sin ser supervisados y por tanto sin garantizar el derecho a un ambiente sano y equilibrado de los usuarios, vecinos y transeúntes aledaños a dichas establecimientos, vulnerándose abiertamente el principio de prevención y precautorio de la Ley General del Ambiente, como lo que ocurre con el mercado de locales de venta de GLP donde a la fecha el OSINERGMIN no puede fiscalizar la totalidad de establecimientos autorizados mediante esa modalidad, permaneciendo en zozobra las poblaciones afectadas.

Así mismo, OSINERGMIN a partir de la vigencia de la Res. N° 191-2011-OS/CD ha ido consumando la omisión de sus funciones trasladando su función supervisora y fiscalizadora a los propios agentes del mercado como es el caso de la Resolución N° 146-2012-OS/CD que establece la obligación a las Plantas Envasadoras de GLP de otorgar el certificado de conformidad de los locales de venta de GLP de su cadena de comercialización, lo que significa que a partir de dicha norma son las plantas envasadoras quienes supervisan los locales de venta de GLP ante de su entrada en operación y OSINERGMIN únicamente se limita a constatar que el local tenga vigente dicho certificado de conformidad, cuando debería ser este organismo quien lleve a cabo tanto las supervisiones pre-operativas como operativas para evitar riesgos a la seguridad de las personas y por ende la vulneración del derecho a un ambiente sano y equilibrado como pretendemos con la presente demanda, debiendo asumir su responsabilidad y competencias como organismo público sin trasladar la misma a los administrados.

De igual forma, sigue esa misma tendencia el D.S. N° 022-2012-EM, que modifica el reglamento de seguridad para las instalaciones y transporte de GLP, D.S. N° 032-2002-EM, en donde se admite la comercialización de GLP en cilindros hasta 120 kg. En el retiro de las edificaciones, es decir cualquier tienda comercial podrá vender 12 balones de GLP de 10 kg. Sin requerir supervisión y por tanto sin que cuente con las condiciones técnicas ni de seguridad de un local de venta de GLP.

Está claro entonces, que hemos inaugurado con entrada en vigencias de estas normas una etapa en la administración pública donde solo es necesaria para obtener un permiso, licencia o autorización para realizar una actividad peligrosa una declaración jurada, olvidándose de los derechos fundamentales de las personas que ven vulnerado su medio ambiente sano y equilibrado por las perturbaciones que implican esas actividades no supervisadas a su entorno.

En suma, el artículo 1º del Decreto Supremo N° 004-2010-EM señala que OSINERGMIN es el encargado de administrar, regular y simplificar el Registro de Hidrocarburos, más no indica que deba omitir la evaluación técnica que se hacía con el procedimiento de ITF de uso y funcionamiento, dado su importancia para verificar que el administrado que pretende desarrollar actividades de hidrocarburos haya cumplido con ejecutar el proyecto conforme a lo aprobado por OSINERGMIN en la etapa de instalación, como se desprende del Decreto Supremo N° 030-98-EM y de esta forma cautelar adecuadamente el derecho a un ambiente sano y equilibrado, dando cumplimiento a los principios de prevención y precautorio consagrados en la Ley General del Ambiente. Cuál es la función de OSINERGMIN entonces, ¿favorecer a las inversiones de Hidrocarburos a cualquier costo o hacer que las personas que viven alrededores de dichas instalaciones o establecimientos vivan de una manera segura sin afectar sus vidas, integridad física ni su derecho a un ambiente sano y equilibrado?

Esta es la razón por la cual se interpone la acción de amparo contra el OSINERGMIN con el objeto de salvaguardar el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, que vienen siendo amenazados por los eventuales actos administrativos que se sustentarán en la aplicación de la Resolución N° 191-2011-OS/CD, del Consejo Directivo del OSINERGMIN, que aprueba el nuevo Reglamento del Registro de Hidrocarburos, específicamente contra los actos administrativos que aprueban la expedición de autorizaciones (ITF y Registro), **sin supervisión previa**, para el funcionamiento de grifos y estaciones de servicio, grifos flotantes, grifos rurales con almacenamientos en cilindros, consumidor directo de GLP, Distribuidor a granel de GLP, Distribuidor de GLP en cilindros, Distribuidor Minorista de Combustible Líquido y/u OPDH, local de venta de GLP, medios de transporte terrestre de combustibles líquidos, GLP u OPDH, red de distribución de GLP en la Provincia Constitucional del Callao.

Por eso se solicita judicialmente que se declare la inaplicabilidad de la norma antes citada para evitar sus efectos adversos contra el ambiente producto de los accidentes que podrían producirse a raíz de la aprobación de actos administrativos sustentados en la citada resolución directoral que autoriza no efectuar supervisiones y/o fiscalizaciones previas para la operación de grifos u otras actividades, esto es les permite operar sin verificar previamente si cuentan con las condiciones técnicas y de seguridad necesarias que garanticen el derecho a un ambiente sano y equilibrado, lo que se constituye en un inminente peligro para el ambiente, los usuarios, vecinos y transeúntes de dichos establecimientos en la Provincia Constitucional del Callao. Asimismo, solicitamos judicialmente que se ordene al OSINERGMIN la restitución de las supervisiones previas de **uso y funcionamiento** para el otorgamiento de autorizaciones (Registro de Hidrocarburos) de grifos y estaciones de servicio, grifos flotantes, grifos rurales con almacenamientos en cilindros, consumidor directo de GLP, Distribuidor a granel de GLP, Distribuidor de GLP en cilindros, Distribuidor Minorista de Combustible Líquido y/u OPDH, local de venta de GLP, medios de transporte terrestre de combustibles líquidos, GLP u OPDH, red de distribución de GLP en la Provincia Constitucional del Callao. El Expediente Judicial está signado con el número 02171-2011-0-0701-JR-CI-05 en el Quinto Juzgado Especializado en lo Civil del Callao, que declaro inicialmente

improcedente la demanda, la que al ser apelada, en segunda instancia se revoca la resolución judicial inicial, y se ordena se admita a trámite la demanda en septiembre del 2012.

Con fecha 6 de agosto del 2013 el 5º Juzgado Civil emite sentencia declarando infundada la demanda de amparo interpuesta por IDLADS, manifestando que no existe un peligro inminente al derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de vida y por ende no justifica la inaplicación de la Resolución Nº 191-2011-OS/CD ya que se dice que no se han excluido del reglamento los mecanismos de prevención y fiscalización por parte de la autoridad administrativa para el logro de las autorizaciones de grifos y estaciones de servicio, entre otros. Por ello el IDLADS interpone un recurso de apelación contra la Resolución que declara infundada la demanda de amparo contra el OSINERGMIN. Posteriormente, en segunda instancia se ordena al Juez de primera, admitir la demanda.

1.8. EL SISTEMA NACIONAL DE INFORMACIÓN AMBIENTAL

1.8.1. EL PROCESO DE HABEAS DATA EN MATERIA AMBIENTAL

El derecho al acceso a la información pública resulta fundamental en el ejercicio del resto de derechos constitucionales, ya que sin información veraz, oportuna, completa y suficiente es imposible que tomemos una decisión de manera responsable en una democracia participativa. Así tenemos que por ejemplo la omisión del costo económico de una revocatoria puede haber sido un factor que pudo cambiar la votación sobre su procedencia y determinante para desalentar la misma, ello en el plano político; en materia ambiental ello es aún más gravitante, especialmente en el caso de la implementación de proyectos de inversión que pueden afectar a poblaciones locales e indígenas como se observa en el Proyecto Camisea, el Proyecto Conga, el Proyecto Tía María o el Proyecto Majes Siguas II. Así podemos decir que sin información suficiente el derecho a la participación ciudadana y el derecho a un ambiente sano y equilibrado se vuelven ilusorios pues el desconocimiento de información clave sobre un proyecto hace muy complicado para la población afectada cautelar su derecho al ambiente, a la salud y a su calidad de vida e incluso, su derecho al desarrollo, a la paz y tranquilidad.

En ese contexto, resulta sumamente útil conocer los aspectos generales del proceso constitucional que garantiza el acceso a la información pública como el de la participación ciudadana, al que se define como la garantía que asiste a toda persona –identificada o identificable- a solicitar judicialmente la exhibición de los registros –públicos o privados- en los cuales están incluidos sus datos personales o los de su grupo familiar, para tomar conocimiento de su exactitud; a requerir la rectificación, la supresión de datos inexactos u obsoletos o que impliquen discriminación. Esta herramienta tiende a proteger a la persona contra calificaciones sospechosas incluidas en registros, que –sin darle derecho de contradecirlas- pueden llegar a perjudicarle de cualquier modo.⁷¹

Ahora bien para Sagüés, el hábeas data es “un proceso constitucional con fines diversos. [...] y su objetivo principal es contener ciertos excesos del llamado ‘poder informático’”.⁷² Otro aspecto de la acción de hábeas data se refiere en el caso de negativa ante la solicitud de información que

⁷¹ Cfr. MALPARTIDA CASTILLO, Víctor, Proceso de Hábeas Data, Primera Edición, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2008, p. 22.

⁷² SAGÜÉS, Néstor Pedro, Hábeas data: su desarrollo constitucional, en Lecturas Constitucionales Andinas, N° 3, Lima, 1984, p. 87.

requiera una persona de cualquier entidad pública, es totalmente comprensible, ya que el ciudadano tiene derecho a estar enterado de cómo marcha el Estado y formular sus críticas al respecto. El propio inciso 5 del artículo 2° de la Constitución Política del Estado se encarga de señalar las excepciones al precepto anterior.⁷³

“La Constitución protege a través del proceso de habeas data prima facie tanto el derecho de todo ciudadano al acceso a la información pública, como el derecho a mantener en reserva la información que pueda afectar su intimidad personal y familiar. En cuanto al derecho de acceso a la información pública, el Tribunal Constitucional, en constante y uniforme jurisprudencia, ha establecido la virtualidad de su contenido, precisando que ‘(...) no sólo comprende la mera posibilidad de acceder a la información solicitada y, correlativamente, la obligación de dispensarla de parte de los organismos públicos (...), sino también cuando la información que se proporciona es fragmentaria, desactualizada, incompleta, imprecisa, falsa, no oportuna o errada. De ahí que si en su faz positiva el derecho de acceso a la información impone a los órganos de la Administración pública el deber de informar, en su faz negativa, exige que la información que se proporcione no sea falsa, incompleta, fragmentaria, indiciaria o confusa’ (STC Exp. N° 1997-2002-PHD/TC, f. j. 16).”⁷⁴

El derecho fundamental de acceso a la información pública se encuentra reconocido no solo en el inciso 5 del artículo 2° de la Constitución de 1993, sino también en el artículo 13° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, habiendo sido desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Claude Reyes vs Chile, del 19 de setiembre de 2006, f. j. 77. En términos generales, este derecho consiste en la facultad que tiene toda persona de solicitar y acceder a la información que se encuentra en poder, principalmente, de las entidades estatales (STC Exp. N° 6759-2008-PHD/TC, f. j. 6-8).⁷⁵

El contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceso a la información pública es que nadie pueda ver arbitrariamente impedido de acceder a la información que guarden, mantengan o elaboren las diversas instancias y organismos del Estado o personas jurídicas bajo el régimen privado que presten servicios públicos o ejerzan función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización. [...] las vulneraciones del derecho al acceso a la información pública pueden clasificarse en dos tipos: a) por omisión: cuando la solicitud no es contestada; y, b) por acción: cuando se niega arbitraria y expresamente la información solicitada o se condiciona la entrega de la información a un pago desproporcionado.

Ahora bien, como ya lo ha expresado el TC, el del derecho al acceso a la información pública es una modalidad o concreción del derecho de petición (STC Exp. N° 1797-2002-HD/TC, f. j. 5-7), que está conformado por dos aspectos: 1) la libertad de la persona de formular pedidos por escrito ante autoridad competente; y, 2) la obligación de dicha autoridad de dar respuesta al peticionante por escrito y en un plazo razonable (STC Exp. N° 1042-2002-AA/TC, f. j. 2.2.4). Por

⁷³ MALPARTIDA CASTILLO, Víctor, Proceso de Hábeas Data, Primera Edición, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2008, p. 30.

⁷⁴ LANDA ARROYO, César, Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del tribunal constitucional, Primera edición, Palestra Editores, Lima, 2010, p. 371-372.

⁷⁵ Ibídem p. 372-373.

consiguiente, es claro que la sola omisión de contestar solicitudes de acceso a la información constituye ya una vulneración a tal derecho. (STC Exp. N° 4912-2008-PHD/TC, f. j. 6-10).⁷⁶

Los tipos de hábeas data que se encuentran establecidos tanto en la Constitución Política (art. 200° inc. 3) como en el Código Procesal Constitucional (art. 61°). En tal sentido, los tipos de hábeas data son los siguientes:⁷⁷

Tipos de hábeas data			
Hábeas Data Puro	Hábeas Data Cognición	HD Informativo	Dirigido a conocer el contenido de la información que se guarda en el banco de datos.
		HD Inquisitivo	Para obtener el nombre de la persona que proporcionó un dato.
		HD Teleológico	Busca esclarecer los motivos que llevan a la creación del dato
		HD Ubicación	Tiene por objeto ubicar el dato, para que el accionante pueda ejercer su derecho.
	Hábeas Data Manipulador	HD Aditivo	Agrega al banco de datos una información no contenida.
		HD Correctivo	Modifica los datos imprecisos, cambia o borra los falsos.
		HD Supresorio	Busca eliminar la información sensible que afecten la intimidad personal.
		HD Confidencial	Impide que personas accedan a información calificada como reservada.
		HD Desvinculador	Sirve para impedir que terceros conozcan la identidad de una o más personas.
		HD Cifrador	Tiene por objeto que el dato se guarde bajo un código
		HD Cautelar	Impide la manipulación o publicación del dato en el marco de un proceso.
		HD Garantista	Busca el control técnico en el manejo de datos.
		HD Interpretativo	Impugna las valoraciones de quién analiza la data personal almacenada.
		HD Indemnizatorio	Consiste en solicitar indemnización por el daño causa con la difusión de la información.
Hábeas Data Impuro	Hábeas Data de Acceso a la información pública		Consiste en hacer valer el derecho de toda persona a acceder a la información que obra en la Administración pública.

Fuente: elaborado por Estefanía Calvo Zúñiga basado en LANDA ARROYO, César, Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del tribunal constitucional, Primera edición, Palestra Editores, Lima, 2010, p. 373 -374.

Entidades responsables de la información		
Sector	Entidad(es)	Contenido de información
Público	- El poder ejecutivo, incluyendo ministerios y organismos públicos descentralizados;	El artículo 10° de la Ley 27806 afirma que se puede acceder a cualquier

⁷⁶ LANDA ARROYO, César, Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del tribunal constitucional, Primera edición, Palestra Editores, Lima, 2010, p. 373-374.

⁷⁷ Ibídem p.375-377.

	<ul style="list-style-type: none"> - El poder legislativo; - El poder judicial; - Los gobiernos regionales; - Los gobiernos locales; - Los organismos a los que la Constitución Política de Perú y las leyes confieren autonomía. - Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes del derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen. 	<p>información que haya sido: creada por la entidad, obtenida por ella o se encuentre en posesión o bajo el control de la misma.</p> <p>Por ejemplo: Informes, Actas, vídeos, fotografías, mapas, estudios de impacto ambiental, normas, reglamentos, entre otros documentos que contengan información de interés general.</p>
Privado	<ul style="list-style-type: none"> - Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia. 	<p>Información referida a los impactos de la actividad empresarial en los derechos fundamentales de la población, el ambiente, la salud pública, pueblos indígenas y servicios públicos en general.</p>

Fuente: elaborado por Estefanía Calvo Zúñiga basado en **LANDA ARROYO**, César. Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del tribunal constitucional. Primera edición, Palestra Editores, Lima, 2010, p. 373 -374.

1.8.2. EL DERECHO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN EN MATERIA AMBIENTAL

El Principio 1 de la Declaración de Río, establece que “los seres humanos constituyen el centro de preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible (...), siendo así, es natural que los seres humanos tengan un rol activo en las decisiones que se adopten para alcanzar el desarrollo sostenible.” Así, los Estados deben promover la participación ciudadana, y la transparencia y el acceso a la información pública, especialmente la ambiental, pues como señala el Principio 10 de la citada Declaración “el mejor modo de tratar cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados (...) así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones.” Y ello sólo se logra creando espacios de diálogos con la población, y mecanismos de acceso a la información pública vinculada a la gestión ambiental, cuestión en lo que el Estado Peruano viene fallando clamorosamente como se observo en el Proyecto Gasífero de Camisea, y más adelante se repitió en el caso del Proyecto de la Hidroeléctrica de Inambari, cuyo estudio de impacto ambiental sólo pudo accederse luego de que el Décimo Juzgado Constitucional de Lima en el Expediente N° 1893-2011-01801-JR-CI-10 ordenara a la Dirección General de Electricidad la entrega de la citada información completa y no resumida al IDLADS. Más recientemente, el caso del Proyecto Minero de Conga, ofrece otro notable ejemplo de falta de transparencia al no permitirse el acceso al Estudio de Impacto Ambiental en el Expediente N° 25401-2011-0-1801-JR-CI-09 en giro en el Noveno Juzgado Constitucional de Lima.

Advirtamos que el artículo 23, numeral 1, inciso a), de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece que toda persona tiene derecho a participar directamente de los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes, y que ello no es posible de realizar, si se niega información pública en materia ambiental, que justamente servirá para tener certeza sobre los impactos positivos y negativos de un proyecto sobre el ambiente, y la salud de la población. De ahí, que el artículo 2° inciso 5 de la Constitución Política, garantiza el derecho de cualquier persona a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, y que nos debe permitir tener acceso a todos los documentos públicos que obran en archivo de las entidades públicos, con la excepción de aquellos que puedan

comprometer la intimidad o la seguridad nacional, y hayan sido por ello declarados como confidenciales o reservados.

Dicha facultad se encuentra prevista en el inciso 4 del artículo 2° de nuestra constitución vigente. En puridad, las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento se encuentran estrechamente interconectadas y relacionadas, constituyéndose en consuno, en atributos imprescindibles para el desarrollo de la personalidad, el goce cabal de la libertad y para la existencia y consolidación del sistema democrático.⁷⁸

Es objetivable que el derecho a la información para ser ejercido a cabalidad requiere de los cuatro presupuestos siguientes:

- a) La existencia de una pluralidad de fuentes de información.
- b) El acceso a las fuentes de información.
- c) La ausencia de obstáculos legales para ofrecer o acceder a las fuentes de información, salvo los casos previamente justificados en la legislación.
- d) La entrega de información veraz; es decir, no deformada, retaceada u ocultada.⁷⁹

La libertad de información supone un derecho a la libre emisión y recepción de los mensajes; es decir, a circular y recibir estos.⁸⁰

Recordemos que “la información pertenece a los ciudadanos. La información no propiedad del Estado y el acceso a ella no se debe a la gracia o favor del gobierno; éste tiene la información sólo en cuanto representante de los ciudadanos” como bien lo señala la Defensoría del Pueblo, en su célebre Informe Defensorial N° 60 del 2001, titulado “El acceso a la información pública y la cultura del secreto” en donde señala que en “el Perú se constata una antigua “cultura del secreto” expresada en la renuencia de las autoridades de proporcionar información sin justificación. Esta situación ha tenido negativas consecuencias pues ha permitido la existencia de poderes secretos y ocultos que han carecido de control, fomentando la corrupción.”⁸¹ Ha transcurrido una década desde entonces y la cuestión no ha cambiado mucho pues se sigue observando renuencia de las autoridades a brindar información sobre las actividades desarrolladas por entidades que dirigen como se observa en los recientes conflictos socio ambientales donde la información ambiental era un privilegio de solo unos cuantos actores sociales.

No olvidemos que una de las características esenciales de un Estado democrático y constitucional es la transparencia en la administración y gestión de los asuntos públicos. Tal característica genera la obligación en los funcionarios públicos de rendir cuentas sobre las decisiones que toman y también tiene como consecuencia que las personas puedan acceder a la información que obra en poder de las entidades estatales. De esta forma, los funcionarios públicos son gestores de una organización creada al servicio de la ciudadanía y, por ello, se encuentran expuestos a la fiscalización que la sociedad ejerce. De ahí la importancia de lo dispuesto en el artículo 2° inciso 5 de la Constitución que reconoce el derecho fundamental de acceso a la información pública a favor de todos los peruanos sin ninguna discriminación.⁸²

⁷⁸ GARCÍA TOMA, Víctor. Los Derechos Fundamentales en el Perú. Primera Edición, Jurista Editores EIRL, Lima, 2008, p. 145.

⁷⁹ Ibídem p. 147.

⁸⁰ Ibídem p. 147.

⁸¹ Defensoría del Pueblo. Informe Defensorial N° 60, titulado “El acceso a la información pública y la cultura del secreto”. Lima - Perú. 2001. p. 9

⁸² Defensoría del Pueblo. Informe Defensorial N° 96, titulado “Balance a dos años de vigencia de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública 2003-2004”. Lima - Perú. 2005. p. 9

La Defensoría del Pueblo siguiendo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, acertadamente señala, que las características del derecho al acceso a la información pública que esta debe ser información cierta, actual, precisa y completa. Carácter instrumental, autonomía diferencias con otros derechos. Esto es el derecho de acceso a la información que obra en poder de las entidades públicas comprende la facultad de obtener información «cierta, actual, precisa y completa» (Exp. Nº 1797-2002-HD/TC, F.J. Nº 15), es decir, una entrega parcial y falsa no satisface las exigencias constitucionales del mismo. Como lo ha indicado el Tribunal Constitucional este derecho «en su faz positiva (...) impone a los órganos de la Administración pública el deber de informar», mientras que «en su faz negativa, exige que la información que se proporcione no sea falsa, incompleta, fragmentaria, indiciaria o confusa» (Exp. Nº 1797- 2002-HD/TC, F.J. Nº 16).⁸³

Además, se trata de un «derecho instrumental», pues a través de su ejercicio permite satisfacer otros derechos de las personas. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en el caso «Wilo Rodríguez Gutiérrez» (Exp. Nº 1797-2002-HD/TC, sentencia de 29 de enero del 2003, F.J. Nº 10). Y es que, por ejemplo, permite ejercer el derecho de participación en la medida que obliga a las autoridades a informar sobre el uso de los fondos públicos; garantiza el derecho al medio ambiente sano pues permite obtener un estudio de impacto ambiental, o permite el ejercicio de la libertad de expresión pues para expresar una opinión se requiere contar con información suficiente, etc. Aunque presenta similitudes con los derechos de información y petición, se trata de un derecho autónomo cuyo contenido es distinto y que cuenta con un proceso constitucional específico –hábeas data– para su tutela. Se distingue del derecho de información en que el objeto del mismo se agota en obtener la información (copias, videos, etc.) que obra en poder de entidades públicas. En cambio, el objeto de la libertad de información es más amplio pues comprende los derechos «a) a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de comunicación; derecho que a su vez comprende el de buscar y obtener información (aspecto activo); y, b) a recibir información en iguales condiciones (aspecto pasivo)» y no se circunscribe a las entidades públicas, sino que comprende la información con la que cuentan los sujetos privados.⁸⁴

1.8.3. EL CASO DEL ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL DE LA HIDROELÉCTRICA DE INAMBARI

El Hábeas Data.- Se define como el derecho que asiste a toda persona –identificada o identificable- a solicitar judicialmente la exhibición de los registros –públicos o privados- en los cuales están incluidos sus datos personales o los de su grupo familiar, para tomar conocimiento de su exactitud; a requerir la rectificación, la supresión de datos inexactos u obsoletos o que impliquen discriminación. Esta herramienta tiende a proteger a la persona contra calificaciones sospechosas incluidas en registros, que –sin darle derecho de contradecirlas- pueden llegar a perjudicarle de cualquier modo.⁸⁵ Ahora bien para Sagüés, el hábeas data es “un proceso constitucional con fines diversos. [...] y su objetivo principal es contener ciertos excesos del llamado ‘poder informático’”.⁸⁶

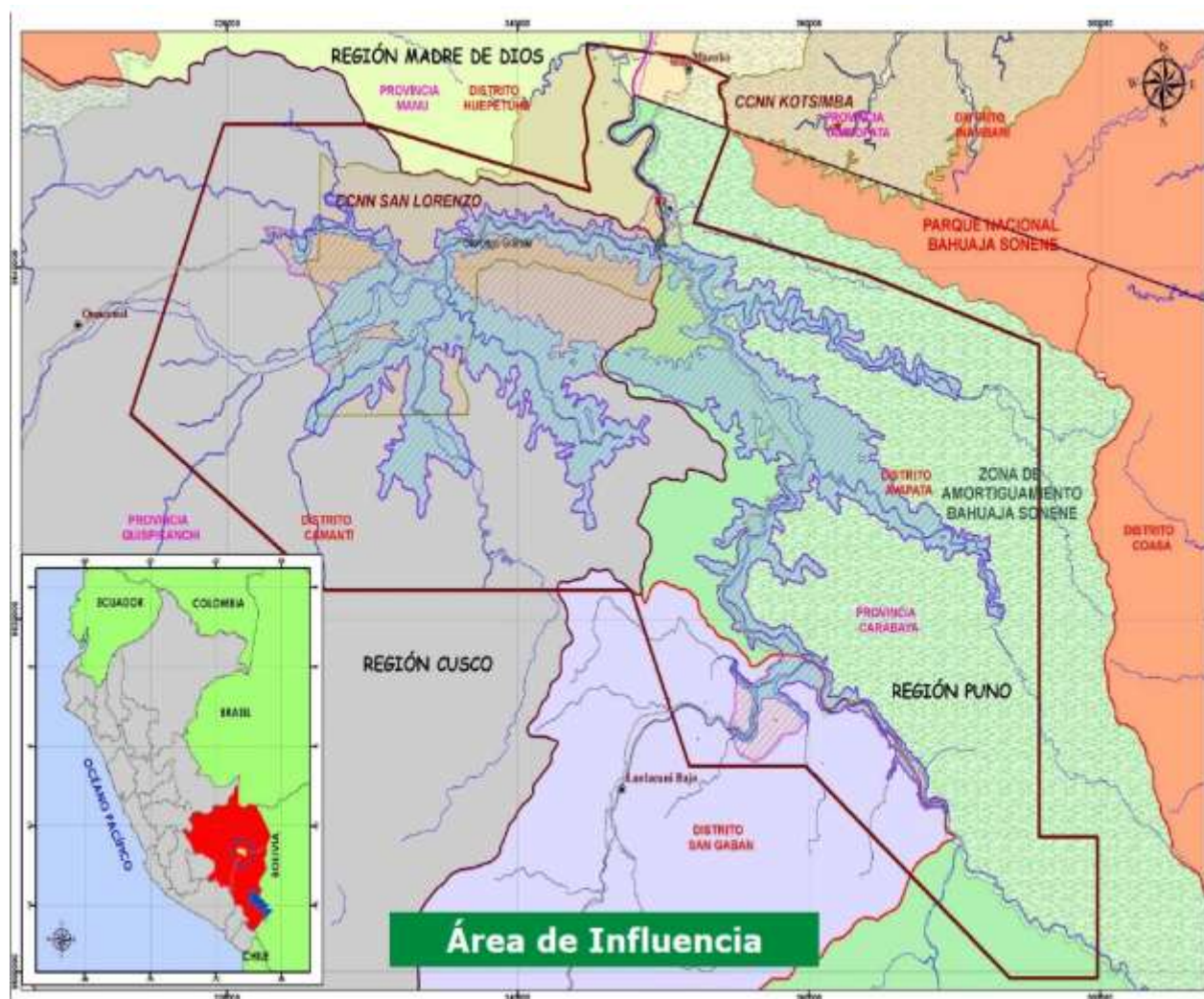
⁸³ Ibídem. p.16

⁸⁴ Ibídem. p. 17

⁸⁵ MALPARTIDA CASTILLO, Víctor. Proceso de Hábeas Data. Primera Edición, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2008, p. 22.

⁸⁶ SAGÜÉS, Néstor Pedro. Hábeas data: su desarrollo constitucional en Lecturas Constitucionales Andinas. Nº 3, Lima, 1984, p. 87.

Otro aspecto de la acción de hábeas data se refiere en el caso de negativa ante la solicitud de información que requiera una persona de cualquier entidad pública, es totalmente comprensible, ya que el ciudadano tiene derecho a estar enterado de cómo marcha el Estado y formular sus críticas al respecto. El propio inciso 5 del artículo 2° de la Constitución Política del Estado se encarga de señalar las excepciones al precepto anterior.⁸⁷ En ese sentido resultará de suma utilidad la aplicación del habeas data para acceder a estudios de impacto ambiental de megaproyectos que no solo involucren una región sino varias.



Fuente: Empresa de Generación Eléctrica Amazonas Sur S.A.C

Adviértase que el Estudio de Impacto Ambiental de un proyecto de inversión permite determinar cómo se prevendrán posibles impactos negativos del mismo, también como se mitigaran los perjuicios efectivos que implique el mismo en terceros y en los ecosistemas, así como de generar perjuicios y daños, se le compensara e indemnizara a la población afectada negativamente por el proyecto, en el marco de un proceso de participación ciudadana. Sin duda, también permite conocer los efectos beneficiosos del proyecto en la medida que mide los impactos sociales,

⁸⁷ MALPARTIDA CASTILLO, Víctor. Proceso de Hábeas Data. Primera Edición, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2008, p. 30.

económicos y ambientales del mismo, al basarse muchas veces en estudios de perfectibilidad social, económica y ambiental. En ese ámbito, resulta razonable que el Estudio de Impacto Ambiental de la que se postula será la hidroeléctrica más grande y jamás construida en el Perú, que alimentaría de energía eléctrica al Perú y Brasil, sea conocido en su versión completa y de manera integral, en el momento oportuno, y con la mayor veracidad, para poder implementar el derecho a la participación ciudadana en materia ambiental, y ser una garantía del derecho a un ambiente sano y equilibrado.

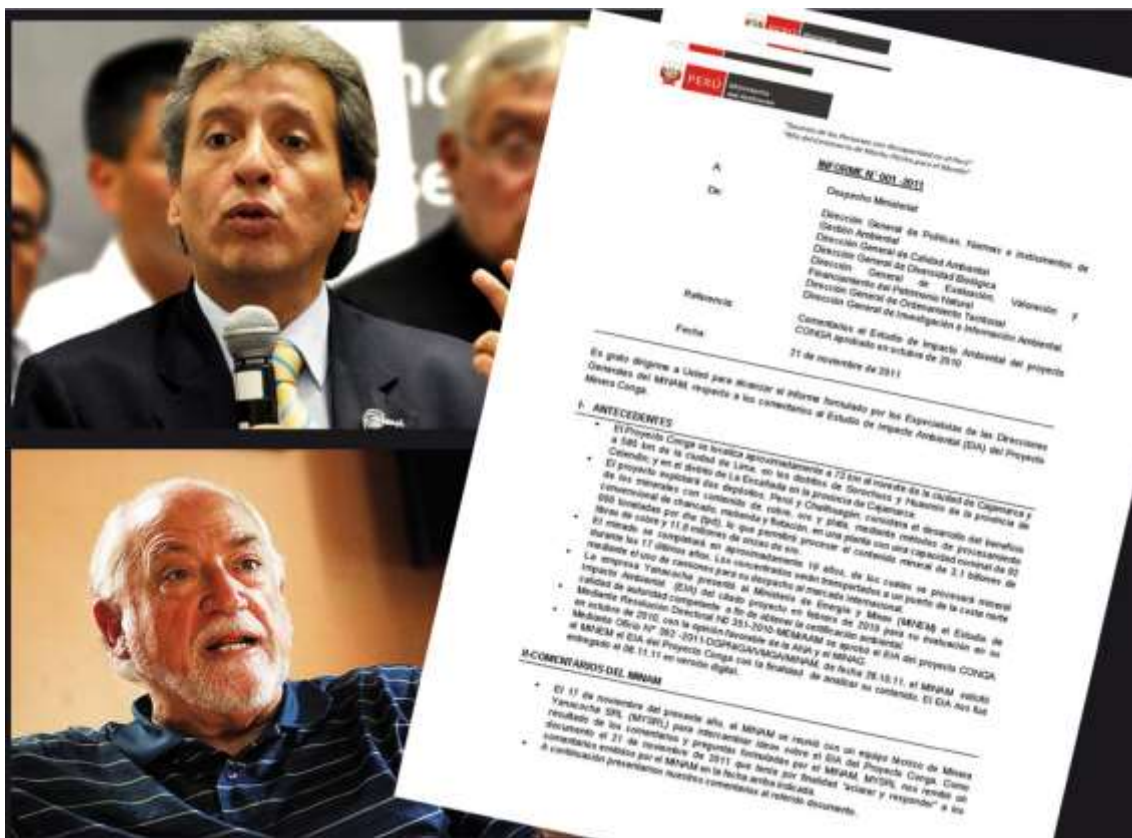
Lamentablemente, el Ministerio de Energía y Minas, ni la empresa EGASUR que elaboraba el proyecto no eran de la misma opinión garantista del derecho al acceso a la información pública, y solamente permitieron acceder a cortos resúmenes ejecutivos del proyecto, negando expresamente el acceso al Estudio de Impacto Ambiental completo, bajo el argumento que eran parte del secreto industrial y era propiedad industrial de privados al que la población en general ni la directamente afectada le era posible acceder. Ante dicha eventualidad, el IDLADS el 07 de enero del 2011 requirió formalmente a la Dirección General de Electricidad del Ministerio de Energía y Minas la versión completa de la Evaluación Ambiental de la Central Hidroeléctrica de Inambari elaborada por EGASUR. No obstante, transcurrido 14 días hábiles sin que la citada Dirección haya atendido nuestra solicitud, y al amparo del artículo 62º del Código Procesal Constitucional se interpone una acción de habeas data para obtener la información pública solicitada. La demanda dio lugar al Expediente 1893-2011-01801-JR-CI-10, que fue admitida por el Décimo Juzgado Constitucional de Lima, quien finalmente, declara fundada la demanda en el extremo de la entrega de la información ambiental pública solicitada, decisión que se confirmó en segunda instancia.

La importancia de haber ganado este habeas data es que permitió que la Evaluación Ambiental de la Central Hidroeléctrica de Inambari elaborada por EGASUR de manera integral y completa, no resumida, fuera de acceso público, especialmente porque Derecho Ambiente y Recursos Naturales la difundió a través de su página web de manera muy sencilla y eficiente. También sienta un precedente muy importante, pues da pie a que el resto de estudios ambientales de las hidroeléctricas proyectadas en el país, puedan ser accesible, al derribarse la excusa legal de la que se valían las empresas del sector eléctrico para no brindar una información vital para ejercer el derecho a la participación ciudadana de manera cabal y auténtica.

1.8.4. EL CASO DEL INFORME DE CONGA DEL MINAM

Uno de los proyectos mineros que más cuestionamientos ha traído en la última década, es el Proyecto Conga, que en el plano de la gestión ambiental puso en tela de juicio la imparcialidad, objetividad e independencia de la evaluación de los estudios de impacto ambiental, así como si existe una real y auténtica participación ciudadana, y para despejar estos cuestionamientos el Ministerio del Ambiente, en octubre del 2011, decidió en un lapso de 40 días elaborar un informe técnico sobre el EIA del Proyecto Minero Conga, cuestión que cumple, y que al señalar una serie de deficiencias técnicas, enfrenta de manera pública al Ministerio del Ambiente, y el Ministerio de Energía y Minas, lo que a la postre daría lugar al cambio de titulares de ambos sectores. Sólo con la vocación de probar el nivel de transparencia del Ministerio del Ambiente, el IDLADS PERÚ con fecha 30 de noviembre del 2011 solicita al Ministerio del Ambiente nos brinde una copia del Informe que la citada entidad realizó sobre el Proyecto Minero Conga cuya existencia fue puesta en conocimiento de la ciudadanía por el titular del sector en múltiples entrevistas por televisión y prensa escrita que le realizaron con motivo del desarrollo del Proyecto Conga en Cajamarca. En

ese sentido, el nuevo ministro, Manuel Pulgar Vidal, judicialmente negó el acceso de manera oficial al citado Informe alegando la inexistencia del citado documento pese a que había sido objeto de discusión pública el citado documento.



El Expediente N° 24733-2011-0-1801-JR-CI-01 del Primer Juzgado Constitucional de Lima da cuenta como el Ministerio del Ambiente alegando simplemente una defensa de forma, señala que al no haber sido nunca ingresado el Informe solicitado al Sistema de Trámite Documentario el mismo, este documento oficialmente no existe, y por lo tanto, lo desconocen y no pueden entregar una copia del mismo, lo cual suscita una fuerte reacción crítica en la prensa local, y señalaría el momento donde se fija la agonía de un tipo de gestión ambiental, quizás de manera involuntaria, puesto que el MINAM al renunciar a tener un rol dirimente en los conflictos socio ambientales, y la evaluación de los estudios de impacto ambiental, y tampoco poder recurrir a la ya desgastada evaluación ambiental sectorial, se orilla el propio Estado, a decidir el conflicto mediante el camino del peritaje internacional, un destino sin vuelta atrás, que a la postre, obligaría a la creación de una nueva institucionalidad ambiental representado por el naciente Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles (SENACE), un año más tarde (2012), y aunque su implementación lejana aún, no parece ser la solución, si resulta una mejoría a la gestión ambiental actual.

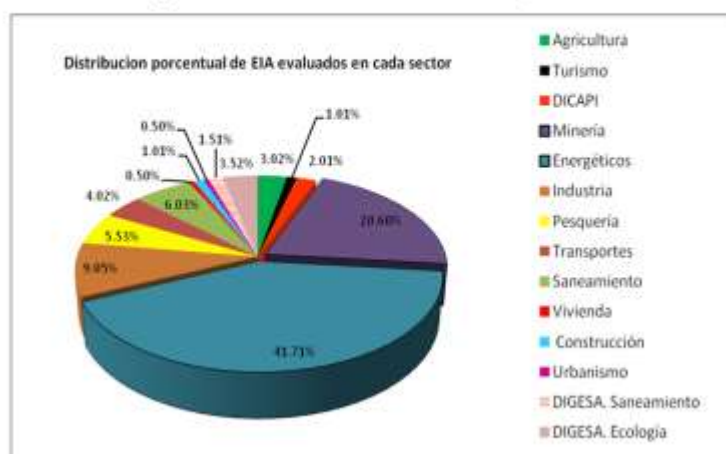
1.8.5. EL CASO DE LA REVISIÓN ALEATORIA DE LOS ESTUDIOS DE IMPACTO AMBIENTAL

La revisión de los Estudios de Impacto Ambiental por el Ministerio del Ambiente, constituye una de las facultades más importantes que tiene para hacer un diagnóstico del estado actual del

Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, y poder llevarlo a su perfeccionamiento, y en ese contexto, se expide la Resolución N° 239-2010-MINAM, que aprueba el Procedimiento para la revisión aleatoria de estudios de impacto ambiental aprobados por autoridades competentes, y se inicia el primer estudio serio desde el propio Estado sobre el estado actual de la evaluación de los estudios de impacto ambiental, filtrándose noticias sobre la existencia de un informe con dicho diagnóstico, lleva al instituto IDLADS, un 20 de octubre del 2011 a solicitar a la Dirección General de Políticas, Normas e Instrumentos de Gestión del Ministerio del Ambiente la relación de EIAs que han sido sometidos a la revisión aleatoria de EIAs, y el Informe consolidado que contenga el resultado de la evaluación aleatoria de EIAs realizada por el MINAM. Lamentablemente, la citada Dirección no nos brindó dicha información pública y se interpuso el habeas data correspondiente el que fue admitido por el Segundo Juzgado Constitucional de Lima conforme consta en el Expediente N° 22166-2011-0-1801-JR-CI-02, posteriormente con resolución N° 06 (seis), con fecha 18 de enero del 2013 el 2º Juzgado Constitucional de Lima dicta sentencia declarando fundada la demanda de Habeas Data interpuesta por IDLADS para que se brinde la información sobre los EIAs.

Gestión del SEIA

Revisión Aleatoria: EIA revisados (Fase 1) (Total = 205 seleccionados)



Nota: Entre Enero 2001-Noviembre 2010 se aprobaron 2 359 Estudios de Impacto Ambiental - EIA en los diferentes Sectores.

Anotemos que el Informe consolidado que contenga el resultado de la evaluación aleatoria de EIAs realizada por el MINAM se presentó el martes 22 de mayo del 2012, en el “I Foro sobre Fortalecimiento de la Institucionalidad Ambiental “Perú: Evaluación y Revisión de los Estudios de Impacto Ambiental (EIA)”, realizado en el Hemiciclo Porras Barrenechea del Congreso de la República. El evento fue organizado por el Despacho de la Congresista Verónica Mendoza y tenía como objetivo crear un espacio de debate que permita identificar los problemas y alternativas de cambio para fortalecer la institucionalidad de la gestión pública ambiental en el Perú, particularmente en relación a la elaboración, evaluación y revisión de los Estudios de Impacto Ambiental.

Adviértase, que Mariano Castro Sánchez-Moreno, actual de Viceministro de Gestión Ambiental, anteriormente desde su posición de Director Ejecutivo de la Sociedad Peruana de Derecho

Ambiental (SPDA) reclamo la publicación y difusión de la información objeto del presente habeas data, y en aras a la transparencia del acceso a la información pública de la gestión ambiental debería entregarse y difundirse a la población en general. Asimismo, el artículo 5º del Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM, Reglamento sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública Ambiental y Participación, y Consulta Ciudadana en asuntos ambientales, establece que el carácter público de la información ambiental toda “información ambiental que las entidades con competencias ambientales, posean, produzcan o tengan disponible como resultado del ejercicio de sus funciones, tiene carácter público y está sujeta a los mecanismos de acceso a la información pública (...). Es pública toda información generada u obtenida referente al ambiente o de actividades o medidas que lo afecten o que pudieran afectarlo, que se encuentre en poder o control por una entidad del Sistema Nacional de Gestión Ambiental.” En ese sentido, al ser el ejercicio de la facultad de revisión aleatoria de los EIAs parte de las funciones del MINAM, la información al respecto es de carácter público y debería ser entregada y difundida.

El Segundo Juzgado Constitucional de Lima presidio por el magistrado Henry Antonio Huerta Saenz, el pasado 14 de enero del año en curso mediante Resolución N° 6 declaro fundada la acción de hábeas data interpuesta por el instituto de defensa legal del ambiente y el desarrollo sostenible – IDLADS Perú contra la dirección general de políticas, normas e instrumentos de gestión del Ministerio del Ambiente.

En la demanda de fecha 11 de noviembre del 2011, el Instituto IDLADS solicitaba a la dirección general de políticas, normas e instrumentos de gestión, que le brindase información sobre la revisión aleatoria de EIA's, que como ente competente debe poseer.

La información requerida es la que se pasa a detallar a continuación:

- a) Relación de EIA's con nombre de proyectos de inversión y que hayan sido sometidos a la revisión aleatoria por parte de la dirección antes mencionada o por el MINAM. Se detectó que entre los meses de enero del 2001 a noviembre del 2010 se aprobaron 2359 Estudios de Impacto Ambiental de los cuales se efectuó la revisión aleatoria de 205 casos.
- b) El /los informes realizados por la dirección general de políticas, normas e instrumentos de gestión o el MINAM, que contengan el resultado de la Evaluación aleatoria de EIA del periodo 2008-2011 a pesar que el sector competente afirma que el proceso de revisión de EIA's no se encuentra acabado, si asegura que la revisión aleatoria se halla en su primera etapa que comprende la verificación de los aspectos formales y administrativos de los EIA's aprobados.
- c) El informe consolidado que contenga el/los resultado(s) de la evaluación aleatoria de EIA's realizada por su dirección o el MINAM. Si bien no puede estimarse como prueba suficiente de la existencia del referido informe, la referencia expresa que se aprecia efectuó el MINAM respecto al denominado “documento resumen de las acciones a realizar en la Dirección General de Salud - DIGESA”, a que se refiere el oficio n° 297-2010-dgpniga-vmga/MINAM del 20 de diciembre de 2010, en el cual hace referencia a una lista de diez (10) Estudios de Impacto Ambiental seleccionados.

Por lo expuesto, el juez dispuso que la información antes referida sea entregada bajo los apremios establecidos en los Artículos 22° y 59° del código procesal constitucional.

1.8.6. EL ETIQUETADO DE LOS PRODUCTOS TRANSGÉNICOS



1.8.6.1. DERECHO DE INFORMACIÓN DEL CONSUMIDOR

Los derechos de los consumidores y usuarios están previstos en el artículo 65° de la Constitución donde se señala que el Estado tiene un deber especial de protección a los consumidores y usuarios, en razón a que estos devienen en el fin de toda actividad económica.⁸⁸

La Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional expresada en el caso Roberto Nesta Brero y más de cinco mil ciudadanos (Exp. N° 008-2003-AC/TC) reconoce la existencia de las facultades siguientes:⁸⁹

- a) El derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado.
- b) El derecho a la salud y seguridad relacionado con situaciones derivadas de su condición.
- c) El derecho de acceso al mercado.
- d) El derecho a la protección de sus intereses económicos (menos costos y mayor calidad).
- e) El derecho a la reparación por daños y perjuicios.
- f) El derecho a la defensa corporativa del consumidor.

Según, Juan Espinoza Espinoza, el derecho a la información es el principal derecho de los consumidores. Dicha información debe ser relevante, esto quiere decir que su omisión hubiera cambiado la decisión del consumidor en su adquisición (la relevancia se determina para cada caso en particular).⁹⁰ La contraparte del derecho a la información del consumidor es el deber de idoneidad y de información a cargo del proveedor los cuales, a criterio de Juan Espinoza, "(...) son

⁸⁸ GARCÍA TOMA, Víctor. Los Derechos Fundamentales en el Perú. Primera Edición, Jurista Editores EIRL, Lima, 2008, p. 600.

⁸⁹ Ibídem p. 601.

⁹⁰ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ley de Protección al Consumidor. Primera Edición, Editorial Rodhas, Lima, 2004, pp.64-65.

los dos pilares fundamentales sobre los cuales descansa la protección al consumidor.”⁹¹ Sobre ambos deberes, el referido autor señala además que la relación que mantienen es de género a especie, motivo por el cual se lesiona al primero a través de una inadecuada información. Algunos casos en los cuales se ha discutido el deber de información del proveedor han sido la denuncia interpuesta por el señor Humberto Tori Fernández contra Kouros E.I.R.L. por la comercialización de un par de zapatos que se rompieron dos meses después de adquiridos⁹², el caso de una fundación en cuyo museo se exhibían como verdaderas piezas textiles y metálicas falsas⁹³, el procedimiento iniciado de oficio por infracción de una fábrica de conservas de atún que indicaba en sus etiquetas un peso mayor al real⁹⁴ y al proveedor de televisores que los comercializaba con un área visible inferior a la ofrecida.⁹⁵

1.8.6.2. LOS PRODUCTOS TRANSGÉNICOS

Uno de los pilares de una democracia vigorosa es el ejercicio del derecho al acceso a la información pública así como la autodeterminación y libertad en el ámbito tanto político como contractual, y para lograr ello se deben generar mecanismos que permitan brindar información clave a los ciudadanos y consumidores potenciales. Ello es sumamente importante frente a la aparición de la nueva tecnología en telecomunicaciones, y especialmente, en el ámbito, de los productos médicos y alimenticios ante la incursión de los productos transgénicos cuyos efectos, si bien hasta ahora inocuos, requieren de una atención especial teniendo en cuenta la alta vulnerabilidad de personas alérgicas a determinados componentes de los alimentos transgénicos.

La transgénesis es el conjunto de procesos que permiten la transferencia de un gen a un organismo receptor (llamado transgénico) que, generalmente, puede transmitirlo a su descendencia. Este proceso determina que se transmitan ciertas características y propiedades a su descendencia.⁹⁶

En el caso particular de los cultivos transgénicos, estos son organismos creados en el laboratorio con una técnica que permite insertar genes de bacterias, plantas o animales a cultivos como el maíz y la soya. A los transgénicos también se les dice Organismos Genéticamente Modificados (OGM) u organismos vivos modificados (OVM).⁹⁷

Recordemos que el artículo IV.2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley Nº 29571, establece que los Proveedores son: “las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que de manera habitual fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden, suministran productos o prestan servicios de cualquier naturaleza a los consumidores.” Y dentro de los mismos, se incluye de manera expresa a “los Prestadores” que son “las personas naturales o jurídicas que prestan servicios a los consumidores.” En ese orden de cosas, es aplicable el artículo V del citado Código que establece los principios del derecho al consumidor: **“1. Principio de Soberanía del Consumidor.-** Las normas

⁹¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de los consumidores. Primera Edición, Editorial Rodhas S.A.C., Lima, 2006, pp.99-104.

⁹² Resolución Nº 085-96/TDC-INDECOPI de fecha 13 de noviembre de 1996, recaída en el Expediente Nº 005-96-CPC.

⁹³ Resolución Nº 0419-2002/TDC-INDECOPI de fecha 7 de junio de 2002 recaída en el Expediente Nº 529-2001/CPC.

⁹⁴ Resolución Nº 1219-2004/CPC-INDECOPI de fecha 24 de noviembre de 2004.

⁹⁵ Resolución Nº 0037-2003/SDC-INDECOPI de fecha 12 de febrero de 2003.

⁹⁶ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho y manipulación genética. Segunda Edición, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 1997, p. 194.

⁹⁷ Fuente: <http://www.greenpeace.org/mexico/Global/mexico/report/2006/12/gu-a-roja-y-verde-de-alimentos.pdf> (consulta: 21/01/13)

de protección al consumidor fomentan las decisiones libres e informadas de los consumidores, a fin de que con sus decisiones orienten el mercado en la mejora de las condiciones de los productos o servicios ofrecidos. (...) **“3. Principio de Transparencia.-** En la actuación en el mercado, los proveedores generan una plena accesibilidad a la información a los consumidores acerca de los productos o servicios que ofrecen.”

Advirtamos que los artículos VI.1 y VI.2 del citado Código señalan que: “el Estado protege la salud y seguridad de los consumidores a través de una normativa apropiada y actualizada, fomentando la participación de todos los estamentos públicos o privados. Para tal efecto, promueve el establecimiento de las normas reglamentarias para la producción y comercialización de productos y servicios y fiscaliza su cumplimiento a través de los organismos competentes.” Y agrega: “el Estado garantiza el derecho a la información de los consumidores promoviendo que el sector público respectivo y el sector privado faciliten mayores y mejores espacios e instrumentos de información a los consumidores a fin de hacer más transparente el mercado; y vela por que la información sea veraz y apropiada para que los consumidores tomen decisiones de consumo de acuerdo con sus expectativas.”

Con respecto a los casos de productos transgénicos, el mayor productor de cultivos genéticamente modificados en el mundo es Estados Unidos, cuya superficie de transgénicos supone el 69% del total mundial. Le sigue Argentina, con un 20% de la superficie mundial de cultivos transgénicos. En la Unión Europea, España ha sido pionero en la siembra de variedades transgénicas⁹⁸

1.8.6.3. EL ETIQUETADO DE PRODUCTOS TRANSGÉNICOS

La doctrina ha considerado que son tres las formas en que se proporciona información al consumidor: la publicidad (televisiva, radial, paneles, etc.), los datos que figuran sobre las mercaderías y servicios (es decir, las etiquetas) y las declaraciones en los contratos (las cláusulas).⁹⁹

Con respecto a la segunda forma, también conocida como rotulado, esta comprende a la etiqueta del producto que se encuentra adherida, impresa, escrita, etc., en el envase del producto, la cual deberá contener la información mínima establecida por el legislador. Éste será el principal medio por el cual se informe a los consumidores las características y cualidades de los productos.¹⁰⁰

Esta obligación se encuentra estipulada en el artículo 7° de la Ley de Protección al Consumidor donde se ordena a los proveedores el cumplir con las normas de seguridad, calidad y rotulado del producto o servicio, en lo que corresponda.

En esa línea de pensamiento, advirtamos que el artículo 37 del Código de Defensa y Protección al Consumidor expresamente señala que “los alimentos que incorporen componentes genéticamente modificados deben indicarlo en sus etiquetas”, y siendo que la reglamentación de este artículo se estableció en 180 días calendarios, tal y como aparece claramente en las primeras dos líneas, de la Tercera Disposición del mencionado Código. Si esto es así, la obligación de reglamentar el artículo 37° del mencionado Código, referido al etiquetado de los productos

⁹⁸ Fuente: http://www.ecologistasenaccion.org/IMG/pdf/informe_alimentos_transgenicos.pdf (consulta: 22/01/13)

⁹⁹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ley de Protección al Consumidor. Op. Cit., p.151.

¹⁰⁰ Ibidem. p. 79.

transgénicos, que permite ejercer el derecho de información de los consumidores, debe cumplirse dentro el plazo establecido en la Tercera Disposición del mencionado Código, que venció en abril del 2011, de ahí la importancia de que IDLADS haya requerido a la Presidencia del Consejo de Ministros, el 27 de abril del 2011, a que cumpla con la referida norma.

En ese sentido, siendo responsabilidad de la Presidencia del Consejo de Ministros la reglamentación del etiquetado de productos transgénicos, lo que no ha realizado, no obstante haber transcurrido más de un (01) año desde que se venció el plazo establecido por el Congreso para que la PCM efectué la citada reglamentación, pese a tener el proyecto de decreto listo para su aprobación desde junio del 2011, era un imperativo que se interponga la demanda de acción de cumplimiento contra la PCM, que genere el Expediente N° 12200-2011-0-1801-JR-C1-03, donde el Tercer Juzgado Constitucional de Lima, después de idas y venidas procesales, la declara fundada y ordena a la PCM a reglamentar el etiquetado de los productos transgénicos.

A nivel internacional, Brasil ha sido uno de los primeros países en obligar a que los alimentos se identifiquen de forma escrita y gráfica muy clara. Esto consiste en indicar el porcentaje que contiene cada ingrediente de un producto acompañándolo con la descripción “transgénico” e introduciendo un símbolo “T” enmarcado con un triángulo de color amarillo en aquellos alimentos que los contengan.¹⁰¹

Greenpeace ha publicado una lista de los productos transgénicos identificados en Chile¹⁰², algunos de los cuales se pueden apreciar a continuación:

ACEITES Y MARGARINAS*	
PRODUCTO	MARCA
Aceite de maíz	Arcor
Margarina	Soprole
Margarina	Dorina
Margarina Doña Juanita	Nestlé
ALIMENTOS DE MASCOTAS	
PRODUCTO	MARCA
Pellets	Champion
Pellets Master Dog	Nutri Pro
Pellets Dog Chow	Purina
Pellets	Puppy Chow
Pellets	Pedigree
Pellets	Whiskas
Pellets Cat Chow	Purina
Pellets Friskies	Purina
Pellets Master Cat	Nutri Pro
BEBIDAS	
PRODUCTO	MARCA
Coca Cola, Sprite, Fanta, y sus	Coca Cola

¹⁰¹ Fuente: <http://asociacionnacionalleftraru-ag.blogspot.com/2012/11/nestle-obligada-etiquetar-sus-alimentos.html> (consulta: 22/01/13)

¹⁰² GREAN PEACE. Guía de Alimentos Transgénicos 2004. Etiquetado a los transgénicos. 1ra Edición. Actualizada en junio de 2006. Chile. Disponible en: http://www.radiotierra.cl/archivos/documentos/guia_de_alimentos_transgenicos.pdf (Consulta: 22/01/13)

versiones light Pepsi en todas sus versiones Jugo	Pepsi Frugo
ALIMENTOS INFANTILES	
PRODUCTO	MARCA
Cereal Infantil con leche Trigo Cereal Infantil con leche 5 cereales Multicereal Milo Nesquik	Nestlé Nestlé Nestlé Nestlé Nestlé
CEREALES PARA EL DESAYUNO	
PRODUCTO	MARCA
Cereal Mix Muslix Tradicional, All brand, Froot loops, Miel flakes, Corn flakes, Chokos Choko criski Zucosos, Lechera flakes Estrellitas, Nesquik, Chocapic Granola, Chewy, Nutri flakes, Cuadritos de avena	Arcor Kellogg's Kellogg's Nestlé Nestlé Quaker
CHOCOLATES Y GOLOSINAS	
PRODUCTO	MARCA
Caramelos Gomitas Loop, Orugas, Flipy, Ambrosito, Amberries, chocolates Bon o Bon, caramelos Chocolates, Chocman Chicle globo Rollo, Manqueque, Gansitos Chocolates Chocolates Confites Toblerone	Adams Ambrosoli Arcor Costa Grosso Marinela Milka Nestlé Skittles Toblerone
CONGELADOS Y HELADOS	
PRODUCTO	MARCA
Pescaditos apanados Empanaditas de queso Papas pre-fritas y papas duquesa Nuggets y bocaditos de pollo Capricho, Almendrado, Charlot, Svelty, Selección, Heaven	Maggi Maggi Maggi Maggi Savory
EMBUTIDOS Y FIAMBRES	
PRODUCTO	MARCA
Jamones, salchichas, mortadelas, salchichones, salames, lomititos Longanizas, tocino, chorizo, vienesas, Perniles Salame. Longaniza, chorizo, jamón	La Preferida La Preferida La Catalana
FIDEOS Y MASAS	
PRODUCTO	MARCA
Pastas tratoría, Espirales con pollo,	Carozzi

Macarroni and chesse Ravioli, Tortellini, Caracoquesos Pasta para uno, Espirales tres quesos Pasta pronta Pasta 3 minutos Spaguetis, tallarines, fetuccinis, lasagna Espirales, corbatitas, quifaros, caracoles, etc... Ojos de diuca, cabellos angel, mariposas, Granizo Spaguetti, tallarines, fetuccini, espirales, corbatas, quifaros Cabellos de angel, letritas, Marias.	Carozzi Carozzi Luchetti Maggi Carozzi Carozzi Carozzi Luchetti Luchetti
LECHES Y PRODUCTOS LACTEOS	
PRODUCTO	MARCA
Yogurt con cereal Trix, Chocapic, Zucosos, Nesquik, Chamito, Americano Leche Cultivada, leche descremada, leche Entera Leche asada, Flan, Chandelle, Semola con leche 1+1 Zucaritas, Chococrispis, Diet, leche cultivada Next Gozzo, Manjarate	Nestlé Nestlé Nestlé Soprole Soprole
SALSAS (tomate, mayonesa, ketchup, mostaza, etc...)	
PRODUCTO	MARCA
Mayonesas, Ketchup, salsas listas Mayonesas, salsas listas Salsa de tomate Salsa de tomate Salsa de tomate Salsa de tomate	Hellman's Maggi Pomarola Arcor Tuco Maggi Carozzi
PAN Y GALLETAS	
PRODUCTO	MARCA
Galletas Galletas Galletas Galletas	Costa Costa kids Arcor Kraft
POSTRES , JUGOS EN POLVO Y MERMELADAS	
PRODUCTO	MARCA
Postre de Helado Helado, mouse, flan, budín Refresco Ambrosoli, fructus Zuko	Ambrosoli Royal Ambrosoli Zuko
SNACK (papas fritas, maní, etc...)	
PRODUCTO	MARCA
Papas Fritas , Cheetos Palitos sabor queso Potato crisps Papas fritas	Lays Cheetos Kryspo Pringles
SOPAS EN POLVO	
PRODUCTO	MARCA
Sopas y cremas Sopas y cremas Caldos concentrados	Maggi Knorr Maggi

Caldos concentrados
Caldos concentrados
Sopas para uno
Sopas para uno

Knorr
Luchetti
Maggi
Knorr

Fuente: GREAN PEACE. Guía de Alimentos Transgénicos 2004. Etiquetado a los transgénicos. 1ra Edición. Actualizada en junio de 2006. Chile. En: http://www.radiotierra.cl/archivos/documentos/guia_de_alimentos_transgenicos.pdf (Consulta: 22/01/13)

1.9.MEDIDAS PROMOTORES DE LA INVERSION PRIVADA APROBADAS POR EL GOBIERNO DEBILITAN LA INSTITUCIONALIDAD ESTATAL Y SU ROL TUITIVO

Las medidas aprobadas por el gobierno de turno para promover las inversiones en el Perú, parece poco probable, por lo menos en el futuro inmediato, lograr que éstas se den bajo estándares ambientales y sociales razonables. Su gran propósito es que las inversiones sigan fluyendo, para ellos sería necesario sacrificar el patrimonio natural, arqueológico y cultural del país y los derechos de las poblaciones locales. Estas medidas recientes dan cuenta de ello, mediatizan los cambios mínimos que se habían logrado como es el caso del SENACE y la consulta previa; y retroceden en gestión ambiental.

1.9.1. EL DECRETO SUPREMO Nº 054-2013-PCM: DESPROTEGIENDO AL PATRIMONIO CULTURAL MEDIANTE EL SILENCIO POSITIVO



Este dispositivo legal fue publicado el día 16 de mayo del 2013, el cual tiene por objeto de aprobar disposiciones especiales para los procedimientos administrativos de autorizaciones y/o certificaciones para los proyectos de inversiones en el ámbito del territorio nacional¹⁰³. En su

¹⁰³ Artículo 1º de la norma referida .

octavo considerando, se manifiesta que resulta necesario para aprobar disposiciones especiales con la finalidad de reducir plazos para una ejecución de los procedimientos con mayor celeridad y menores costos. Pues bien, dichas disposiciones deben provenir del ente rector en la materia (Ministerio de Cultura) que ya ha aprobado la Resolución Vice ministerial N° 037-2013-VMPCIC-MC y otras que están por sancionarse.

Un tema de gran relevancia es la modificación del procedimiento de obtención del Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos-CIRA. La norma plantea que una vez presentada la solicitud, la Dirección de Arqueología del Ministerio de Cultura o las Direcciones Regionales de Cultura deben emitir dicho certificado en un plazo no mayor de 20 días hábiles, si no lo hicieran se aplica silencio administrativo positivo.

Además emitido el CIRA, el titular del proyecto de inversiones debe presentar un Plan de Monitoreo Arqueológico, el cual debe ser aprobado por una de las citadas direcciones, dentro de un plazo no mayor de 10 días. Igualmente, si la autoridad no se pronuncia se tiene por aprobado el plan.

Los proyectos que se ejecuten sobre la infraestructura persistente están exentos del CIRA y solo deben presentar el Plan de Monitoreo Arqueológico, el mismo que será aprobado en los plazos y condiciones antes señaladas. Pero si consideramos que el Perú tiene un patrimonio arqueológico importante para el mundo, y simultáneamente no posee un catastro de restos arqueológicos, ni mucho menos tiene concluido la identificación de ellos. Si la obtención del CIRA no garantiza la realización de los estudios y las verificaciones técnicas para determinar la existencia de los restos arqueológicos y las medidas que garanticen su protección durante la ejecución en el proyecto. Es evidente que estamos arriesgando nuestro patrimonio cultural. Se presume erróneamente que la demora en las evaluaciones y aprobación del CIRA se debe a trámites burocráticos que son necesarios eliminar. El problema, es mucho más grande que ello, está referido a la falta de personal especializado, información, herramientas, tecnológicas, recursos económicos. Reducir plazos para que el Ministerio de Cultura realice esa labor en solo 20 días, sin embargo haber cambiado sus condiciones institucionales y sin haber considerado el tiempo razonable que supone recoger y verificar información, es forzarlo a que actúe de manera poco diligente.

Es por ello que IDLADS interpone una Acción Popular contra el Decreto Supremo N° 054-2013-PCM con el objeto de que se deje sin efecto el artículo 2º del Decreto Supremo N° 054-2013-PCM, por considerar que la misma es inconstitucional e ilegal por contravenir el numeral 2 del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Resolución Legislativa N° 26253, y los numerales 19 y 22 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, así como los artículos 34.1.1 de la Ley 27446 Ley General del Procedimiento Administrativo; y la Primera Disposición Transitoria Complementaria Final de la Ley del Silencio Administrativo N° 29060.

En relación a las medidas ambientales, se establece que no se requiere seguir con el procedimiento de ampliación del instrumento de gestión ambiental cuando se pretende modificar componentes auxiliares o realizar ampliaciones en proyectos de inversión con impacto ambiental no significativo que cuenta con certificación ambiental aprobada o cuando se pretende realizar mejoras tecnológicas. Para determinar si estos supuestos se dan, la norma establece la necesidad

de un informe técnico presentado por el titular del proyecto el cual debe estar aprobado por la autoridad ambiental competente en un plazo no mayor de 15 días.

Una ampliación podría suponer que el proyecto adquiriera otras dimensiones y en consecuencia, mayores impacto. Si no existe un procedimiento administrativo que permita evaluar de manera adecuada el impacto que puede implicar esa ampliación, el riesgo de daño es muy probable y no se hará nada para evitarlo. IDLADS considera que para cambiar el procedimiento y peor aún señalar 15 días de plazo para expresar la conformidad con una solicitud de esta naturaleza no garantiza de parte del Estado la protección del ambiente ni de los derechos de las poblaciones locales. Con lo expuesto es claro que no podría aplicarse el silencio positivo a casos donde se involucre a asuntos relacionados con el patrimonio cultural arqueológico o histórico debido a que su aplicación afectaría el derecho de terceros y la sociedad en general, además de interés colectivos y difusos. Advirtamos que en casos de afectaciones a intereses sociales y al interés general solo puede operar el silencio negativo tal y como se desprende del artículo 34. Numeral 1.1 de la ley 27444 y la Primera Disposición Transitoria de la Ley de Silencio Administrativo.

Y la Ley de Silencio Administrativo N° 29060 en la primera de las Disposiciones Transitorias Complementarias y Finales “señala que será aplicable en aquellos casos en los que se afecte significativamente el interés público, incidiendo en la salud, el medio ambiente, los recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa comercial, la defensa nacional y el patrimonio histórico cultural de la nación, en aquellos procedimientos trilaterales y en los que generen obligación de dar o hacer del Estado, y autorizaciones para operar casinos de juego y máquinas tragamonedas”.¹⁰⁴ En ese sentido, queda claro que para procedimientos administrativos donde se involucre el patrimonio cultural como la aprobación del Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos y el Plan de Monitoreo Arqueológico solo podría proceder silencio negativo.

1.9.2. EL DECRETO SUPREMO N° 060-2013-PCM: DESPROTEGIENDO AL AMBIENTE MEDIANTE LA REDUCCIÓN DE PLAZOS PARA APROBAR EL EIA

Este Decreto Supremo fue publicado el 24 de mayo de 2013, que aprueba disposiciones especiales para la ejecución de procedimientos administrativos y otras medidas para impulsar y agilizar la ejecución de proyectos de inversión pública y privada, contraviniendo así, el numeral 2 del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, aprobado por Resolución Legislativa N° 26253, así como los numerales 17, 19 y 22 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

Un primer punto a mencionar en la citada norma es el referido al establecimiento de términos de referencia comunes para la elaboración de los EIAs detallados y semidetallados en un plazo de 20 días contados a partir de la entrada en vigencia de este Decreto Supremo. Los términos de referencia comunes serán elaborados por las autoridades que participan de la evaluación de los EIAs, entiéndase ministerios señoriales. Sobre los procedimientos de aprobación del EIA tiene 5 días, dentro de los 20 días mencionados, para opinar sobre los términos de referencia.

El Ministerio del Ambiente solo tomará conocimiento del documento “consensuado”. Es decir, es informado, limitándole en su rol regulador. Por otro lado, la norma obvia los términos de referencia específicos, reclamo de las poblaciones y de la cooperación técnica internacional en el truncado proceso de reforma del sistema de evaluación de impacto ambiental. La necesidad de

¹⁰⁴ Ley N° 29060 de Silencio Administrativo. Loc. Cit.

ellos se ampara en la complejidad del territorio peruano. No es lo mismo, realizar un proyecto en puna que en la costa, la Amazona, el bosque seco, o el páramo andino. Por lo que, términos de referencia comunes, pueden obviar aspectos relevantes de ecosistemas que requieren de una descripción minuciosa para no afectarlos.



El Instituto IDLADS interpone una Acción Popular porque sostenemos que vulnera el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas ya que una disposición que modifica el procedimiento de evaluación de los estudios de impacto ambiental del sector Energía y Minas afecta directamente a poblaciones indígenas en su territorio y cultura debido a que los referidos proyectos de inversión se desarrollan en territorios indígenas como se puede observar en el caso de hidrocarburos, electricidad y minería. Adviértase que los conflictos sociales en el sector de energía y minas se deben justamente a la falta de consulta previa en el desarrollo de proyectos de inversión como se puede constatar en los casos del proyecto Tía María, proyecto Conga o el proyecto Cañaris. Finalmente el numeral 2 del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT es sumamente claro cuando establece que se debe consultar cualquier medida administrativa o legislativa que afecte directamente a los pueblos indígenas, y que claro está que el Decreto Supremo 060-2013-PCM si afecta directamente intereses de los pueblos indígenas pues éstos tienen el derecho a ser consultados de lo que se realizará en su territorio, que tengan conocimiento, es decir que estén informados adecuadamente de lo que un estudio de impacto ambiental implica y más aún cuando es parte de su patrimonio el que se verá afectado, para ello se deberá tomar en cuenta las medidas necesarias para llevar a cabo una consulta previa como por ejemplo las audiencias públicas, las consultas guiadas, el buzón de opinión ya que solo así habrá una consulta previa efectiva e idónea.

El Decreto Supremo cuestionado también afecta el derecho a la participación ciudadana en materia ambiental al acortar los plazos en el desarrollo del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, y de esta manera ejerce presión sobre el ejercicio de la participación ciudadana de las poblaciones locales e indígenas afectadas por proyectos del sector energía y minas. Adviértase que el Decreto Supremo cuestionado omite regular la participación ciudadana y menos aún sus plazos, y tácitamente al omitirla como condición obligatoria previa a la aprobación de un estudio de impacto ambiental afecta directamente el ejercicio de este derecho

constitucionalmente reconocido, y no le brinda las garantías necesarias para su implementación. Cabe mencionar que al no tomar en cuenta el derecho a la participación ciudadana esto puede generar futuros conflictos con la población, generando malestar entre éstos últimos ya que podrían crearse expectativas negativas de lo que se busca con la aprobación del estudio de impacto ambiental y la población al no poder manifestar su opinión, sugerencias, aportaciones como representantes del territorio indígena, se estaría restringiendo su derecho a participar activamente en la evaluación del estudio de impacto ambiental.

La participación ciudadana lo que busca es que la población tenga una mejor percepción de la empresa que va a invertir en su territorio, y asimismo mejorar el desempeño ambiental ya que habría un control y seguimiento de lo que se realice y así evitarse futuros daños que podrían llegar a ser irreversibles. La importancia de la participación ciudadana radica en conocer el punto de vista de terceros, conocer los beneficios y daños, es decir los pros y contras que la inversión pública o privada traería consigo, por tanto la información que se le brinde a la comunidad que se verá afectada tiene que ser necesaria, idónea, suficiente y oportuna.

La norma establece el plazo de 30 días para las opiniones técnicas de otras entidades públicas (ANA, SERNAP, Ministerio de Cultura, etc.) distintas al evaluador. Este plazo es insuficiente pues en 30 días, es muy difícil emitir una opinión seria y responsable, pues los EIA son documentos voluminosos igualmente, es insuficiente los 10 días establecidos para que éstas se pronuncien sobre el levantamiento de las observaciones que realiza el titular del proyecto. Consideramos que estos plazos no permiten una revisión a fondo, obligará a que revisen solamente lo específico (aguas, áreas naturales protegidas, restos arqueológicos, poblaciones indígenas, etc.) sin mirar sus interrelaciones con el conjunto del ámbito estudiado. Lo que es peor aún la autoridad evaluadora tiene 20 días para tomar la decisión final y se obvia los procesos de participación ciudadana. Nunca antes, algo así había ocurrido ya que la participación ciudadana es principio transversal para todos los procedimientos del Estado. Tampoco hay mención alguna a plazos para procesos de consulta previa.

En el procedimiento, el único que tiene todo el tiempo que considere necesario es el titular del proyecto. La norma no establece plazo para que éste realice el levantamiento de observaciones. Como podemos apreciar, los plazos se han acortado para el Estado. Anteriormente, todo el procedimiento duraba 120 días; con esta norma. Son 81 días más el tiempo que el administrado tome para levantar las observaciones. A todo lo señalado, se añade que a partir de ahora la línea base de un proyecto de exploración puede servir para otro. Esto también es preocupante porque generalmente los estudios han tenido muchas deficiencias. Bajo las condiciones descritas, esta realidad no cambiaría. Lo que supone que si un EIA es aprobado, pese a sus deficiencias en línea de base, éstas se pueden trasladar a otros EIA que se elabore para la misma zona. Si no existe una buena línea base, es difícil determinar con detalle los impactos de un proyecto o actividad y más aún determinar adecuadamente las medidas de mitigación.

Como podemos apreciar los cambios debilitan el sistema de evolución ambiental de impacto ambiental, como ninguna otra medida anterior. Es lamentable, que el gobierno haya optado por cerrar algunos mecanismos que permitan darle mayor rigurosidad a los EIA y no haya apostado por darle mayor eficiencia al sistema fortaleciendo la institucionalidad existente. Lo que revela que se sigue considerando a este instrumento como un obstáculo para las inversiones.

La idea de que es posible lograr inversiones sostenibles y que para ello sirven los EIA, parece ser ajena a las autoridades del actual gobierno. Todo indica que en lo que queda del gobierno de Ollanta Humala los cambios mínimos que se buscaban asegurar no se lograrán, que peor aún, se han puesto las condiciones para que las inversiones con bajos estándares ambientales y sociales anclen en el Perú, sin que nadie pueda evitarlo. Nuevamente el gobierno abandona su rol tuitivo, colocándose de espaldas a las demandas de miles de peruanos que en los últimos años han venido exigiendo que el estado vele por los medios básicos que permiten su existencia y garantice las condiciones mínimas para el ejercicio de sus derechos.

CAPÍTULO II

EN DEFENSA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

2.1. LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL PERÚ

Una conceptualización o definición de lo que son los pueblos indígenas, debe analizar el origen del término «indígena», el cual se dio como consecuencia del error de Cristóbal Colón, quien pensaba que había encontrado una ruta marítima a la India, haciendo así que las potencias coloniales y luego los Estados nacionales, usaran la palabra «indio» para referirse a las personas «encontradas» en esa expedición. Con el colonialismo, el desprecio, el racismo y la discriminación cultural dieron a ese término connotaciones racistas. De allí, que Jared Diamont, acertadamente sostenga que, el término «indígena» ha sido producto de una construcción histórico social, y los procesos sociales vividos por nuestros antepasados como producto de la colonización. Es así, que América del Sur, como se sabe estuvo conformado por una diversidad de culturas, tales como: Quechuas, Aymaras, Charruas, Mapuches, Aztecas, etc.¹⁰⁵ Con la llegada de la religión católica el término indio fue tomando criterios raciales peores que los iniciales, su aspecto físico y sus características culturales propias muy diferentes y el no creer en el Dios de los europeos, pasó a ser el salvaje-lo más cercano a un animal-con muchos términos peyorativos, despectivos y denigrantes. Así, el «indio» que inicialmente era un poblador de las «Indias», pasó como algo menos que un humano.¹⁰⁶ De modo que, «indio» fue la denominación históricamente empleada por el colonialismo y adoptada luego por el Estado Nación Sudamericana. Pero la palabra «indio», estrictamente hablando, se refiere a las personas nativas de la India, en tanto el término «indígena», indica que una persona es originaria de un determinado lugar. En esa medida lingüística todos somos indígenas u oriundos de algún lugar.¹⁰⁷

La utilización del término «indio» se prolongó durante la época de la colonia, hasta que el indio tradicional fue asumiendo otros roles y fue mezclándose con los europeos y fueron surgiendo nuevas razas y nuevos grupos que empezaron a buscar la reivindicación de los «indios», por lo que su nueva denominación pasaría a ser «indígenas», término que demostraba que el indio no era salvaje, no era animal, sino que pasó a ser «diferente».¹⁰⁸ Por otro lado, el término indígena comparte una misma raíz gramatical tanto para el inglés como para el español: «*indigenae*», que se tomaba para distinguir a las personas que procedían de un lugar determinado distinto.

Atilio Svirichy, señala que el término «indio», en su obra el Derecho Indígena Peruano, tenía por significado aborígen que no ha modificado su raza, o que era el poblador aborígen de raza india. Al respecto muchos hombres de ciencia se hallaron empeñados en comprobar que las razas

¹⁰⁵ RAMOS PRUDENCIO, Gloria. "Informe Consulta Previa-Derecho Fundamental de los Pueblos Indígenas e Instrumento de Gestión Estatal para el Fortalecimiento de la Democracia. 1ra Edición. Editorial de Derecho, Ambiente y Recurso Naturales-DAR y del Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica-CAAAP. Lima-Perú, 2011, p. 81-82.

¹⁰⁶ RAMOS PRUDENCIO, Gloria. "Informe Consulta Previa-Derecho Fundamental de los Pueblos Indígenas e Instrumento de Gestión Estatal para el Fortalecimiento de la Democracia. 1ra Edición. Editorial de Derecho, Ambiente y Recurso Naturales-DAR y del Centro Amazónico de Antropología y aplicación Práctica-CAAAP. Lima-Perú, 2011, p. 83-84.

¹⁰⁷ BALLÓN AGUIRRE, Francisco. "Manual del Derecho de los Pueblos Indígenas". 1ra. Edición. Editorial de la Defensoría del Pueblo. Lima – Perú, 2004. p.15 – 16.

¹⁰⁸ RAMOS PRUDENCIO, Gloria. "Informe Consulta Previa-Derecho Fundamental de los Pueblos Indígenas e Instrumento de Gestión Estatal para el Fortalecimiento de la Democracia. 1ra Edición. Editorial de Derecho, Ambiente y Recurso Naturales-DAR y del Centro Amazónico de Antropología y aplicación Práctica-CAAAP. Lima-Perú, 2011, p. 85-85.

aborígenes del Perú son «razas puras».¹⁰⁹ Pero a lo que se quiere llegar con ello, es que “el concepto «indígena» quiere resaltar las semejanzas jurídico-políticas entre pueblos”¹¹⁰. Dicha idea ha sobrevivido hasta nuestros tiempos y ha vuelto a cobrar vigencia entre los sectores más conservadores del sector empresarial, especialmente con el advenimiento de la implementación del procedimiento de Consulta Previa, lo que revela que ideas retrogradadas como éstas pueden ser un obstáculo para el ejercicio de los derechos indígenas. El citado autor, sostiene además que los pueblos indígenas tienen una característica en común y esta es que han sufrido un proceso común de despojo de sus derechos.

Ya modernamente se entiende por pueblo indígena, el derecho internacional identifica como pueblos indígenas a aquellos que descenden de pueblos cuya existencia es anterior a los Estados actuales (hechos históricos), conservan en todo o en parte sus instituciones sociales, políticas, culturales, o modos de vida (vigencia actual), y tienen autoconciencia de sus propia identidad (criterio subjetivo).¹¹¹ Adviértase, “como lo reconoce la OIT no existe una definición precisa de pueblos indígenas en el derecho internacional, y la posición prevaleciente indica que dicha definición no es necesaria para efectos de proteger sus derechos humanos. En ese mismo sentido, para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), dada la inmensa diversidad de los pueblos indígenas de las Américas y del resto del mundo, una definición estricta y cerrada siempre correría el riesgo de ser demasiado amplia o demasiado restrictiva. Sin embargo, el derecho internacional proporciona algunos criterios útiles para determinar cuándo un determinado grupo humano se puede considerar como pueblo indígenas, los cuales se encuentran en el Convenio 169 de la OIT,¹¹² siendo lo determinante la auto identificación del pueblo indígena.

Recordemos la emblemática definición de pueblos indígenas de Martínez Cobo en el año 1986, que la planteó en la Sub Comisión de las Naciones Unidas para la Prevención de la Discriminación de Minorías, según la cual las “Comunidades, pueblos y naciones indígenas son aquellos que, poseyendo una continuidad histórica con las sociedades pre-invasoras y pre-coloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran disímiles de otros sectores de las sociedades dominantes en aquellos territorios o parte de los mismos. Ellos componen actualmente sectores no dominantes de la sociedad, están determinados a conservar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su continuidad como pueblos de acuerdo a sus propios patrones culturales, instituciones sociales y sistemas legales.”¹¹³ Este concepto en su esencia es recogido por el Artículo 1 del Convenio 169 de la OIT. En el Perú es unánime el criterio de considerar pueblos indígenas a la poblaciones que habitan en las comunidades campesinas y nativas, así como aquellos pueblos amazónicos en situación de aislamiento voluntario o contacto inicial,¹¹⁴ así como a los pueblos indígenas afrodescendientes y a los pueblos indígenas no reconocidos formalmente, pero que cuentan con instituciones culturales, sociales, económicas y administrativas heredadas de poblaciones originales.

¹⁰⁹ SIVIRICHI, Atilio. “Derecho Indígena Peruano: Proyecto del Código Indígena”. Ediciones Kuntur. Editorial Domingo Miranda. Lima-Perú, 1946. p. 18.

¹¹⁰ *Ibidem*. p. 16.

¹¹¹ YRIGOEYEN FAJARDO, Raquel Z. “Pueblos Indígenas. Constituciones y reformas políticas en América Latina. 1ra. Edición. Editorial del Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS. Lima-Perú, 2010. p. 17.

¹¹² RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos y ROEL ALVA, Luis Andrés. “Manual de herramientas legales para operadores del sistema de justicia para defender los derechos de los pueblos indígenas”. 1ra. Edición. Editorial del Instituto de Defensa Legal. Lima – Perú, 2011. p. 20.

¹¹³ RAMOS PRUDENCIO, Gloria. “Informe Consulta Previa-Derecho Fundamental de los Pueblos Indígenas e Instrumento de Gestión Estatal para el Fortalecimiento de la Democracia. 1ra Edición. Editorial de Derecho, Ambiente y Recurso Naturales-DAR y del Centro Amazónico de Antropología y aplicación Práctica-CAAAP. Lima-Perú, 2011, p. 89.

¹¹⁴ *Ibidem*. p. 17.

Ciertamente, los pueblos indígenas son sujetos de derecho independiente de la categoría de comunidad campesina y comunidad nativa que son instituciones propias del derecho interno peruano.¹¹⁵

Desde el punto de vista jurídico, los pueblos indígenas son una entidad distinta a la suma de los derechos individuales de los miembros que la componen. Pero no siempre se tiene plena conciencia de ello. La calidad de lo colectivo del derecho del pueblo indígena, proviene de un ser social o si se prefiere de una persona moral. No es la síntesis del derecho de varias personas,¹¹⁶ sino una colectividad que da origen a una institución que se rige por determinadas reglas de conducta y tiene conciencia de su subjetividad distinta a la de sus individuos como tales, y cohesionada por un sentimiento de pertenencia y de identificación con dicha colectividad.

En el Perú, a los Pueblos Indígenas se les denomina de diferentes maneras, nuestra Constitución clasifica a los Pueblos Indígenas como Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas,¹¹⁷ existiendo también otras categorías utilizadas a nivel nacional, como son la de pueblos originarios, pueblos afrodescendientes, pueblos en aislamiento voluntario y contacto inicial e incluso comunidades indígenas. De modo tal, que podemos distinguir dos tipos de categorías al indígena perteneciente a un pueblo indígena, condición que adquiere con su nacimiento; y al comunero perteneciente a una persona jurídica y condición que adquiere como consecuencia de ser propietario de una parcela de propiedad de una comunidad campesina o nativa. Es así, que se puede perder legalmente la condición de comunero por no vivir por un tiempo determinado en territorio comunal, más no se puede perder la condición de indígena que es inherente a un individuo perteneciente a un pueblo indígena. En conclusión, podemos decir que las comunidades nativas y campesinas están conformadas por personas pertenecientes a pueblos indígenas. De ahí, que para Jahncke, el nombre de pueblos indígenas aplique a grupos etno-culturales que han mantenido una estrecha relación con un territorio a lo largo de varias generaciones lo que en parte les otorga una identidad cultural distinta y que posee una organización capaz de ser reconocida como un autogobierno (autonomía). Asimismo, reconoce que en el plano internacional, se utilizan otros nombres como sinónimos, así tenemos términos tales como “pueblos aborígenes”, “pueblos tribales”, “pueblos originarios” o “pueblos nativos”.¹¹⁸

Respecto a la cuantificación de la población indígena, podemos retroceder en el tiempo donde “la población indígena del Perú durante el Imperio de los Incas se habría calculado en doce millones de habitantes. No obstante, la conquista por medio de sus métodos de violencia y exterminio, con la implantación del trabajo personal y forzado, principalmente en las minas y los obrajes trajo consigo una palpable disminución en el volumen demográfico del Perú. Pero lo que contribuyó en forma despiadada, a la despoblación no solo de nuestro país sino de América, fueron las grandes epidemias, principalmente de viruela, sarampión, tuberculosis, paludismo y fiebres malignas que como terribles flagelos azotaron el Nuevo Mundo, desolando ciudades y campos. De ahí que el censo levantado en 1791, por disposición de Virrey Gil de Taboada y Lemus, alcanza a la reducida

¹¹⁵ Cfr. BALLÓN AGUIRRE, Francisco. “Manual del Derecho de los Pueblos Indígenas”. 1ra. Edición. Editorial de la Defensoría del Pueblo. Lima – Perú, 2004. p. 13.

¹¹⁶ *Ibidem*. p. 42.

¹¹⁷ GAMBOA BALBÍN, César, SANTILLÁN BARTRA, Asunta, SEVILLANO ARÉVALO, María del Rosario, DA ROIT BAO, Giannina, YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. “Manual Informativo. Derechos de los Pueblos Indígenas y la actividad de hidrocarburos”. 1ra. Edición. Editorial de Derecho, Ambiente y Recursos Naturales – DAR. Lima – Perú, 2009. p. 20.

¹¹⁸ JAHNCKE BENAVENTE, Javier y MEZA, Rocío. “Derecho de Participación y a la Consulta Previa en Latinoamérica. RED MUQUI-Red de Propuesta y Acción-Perú / Fundación Ecuménica para el Desarrollo y la Paz-FEDEPAZ. Lima-Perú, 2010. p. 23

cifra de 1'076,122 solo en el Virreinato del Perú, que había sido fraccionado para formar otros virreinos.”¹¹⁹

Es así que muchas de las poblaciones indígenas originarias fueron disminuyendo, tras largos años de trabajo forzado y riesgoso, en condiciones no adecuadas e inhumanas, la privatización de sus territorios, cultura, lenguas, religión, identidad, pero nuevamente resaltamos que la disminución significativa de la población indígena se evidenció con la llegada de las enfermedades del viejo continente. Muchas de las poblaciones se han dispersado en lo más recóndito de las regiones amazónicas y andinas. En la actualidad “por falta de información estadística oficial reciente, es difícil saber en el Perú quienes son los pueblos indígenas. Los censos realizados o son muy antiguos o no permiten saberlo a ciencia cierta. Las cifras dadas por el INDEPA en una reciente publicación tampoco son del todo precisas. Todo ello revela una falta de interés del Estado por visibilizar a los pueblos indígenas.”¹²⁰ Sin embargo de manera referencial podemos tomar el “Mapa Etnolingüístico del Perú que establece la coexistencia, en el territorio nacional, de más de 72 pueblos indígenas agrupadas en 18 familias lingüísticas. Según datos del Ministerio de Agricultura (PETT 2002) y de la Defensoría del Pueblo (2003), las Comunidades Nativas suman 1,345 y la Comunidades Campesinas suman 5,818.”¹²¹ Sin embargo, se manejan cifras distintas de acuerdo a diferentes grupos de investigación sobre comunidades campesinas y comunidades nativas. A continuación vemos los siguientes cuadros:

CUADRO N° 1

Las comunidades campesinas y nativas por departamento

Región	Total de comunidades	Comunidades Campesinas		Comunidades Nativas	
		Número	%	Número	%
Amazonas	221	52	23.53	169	76.47
Ancash	345	345	100.00	0	0.00
Apurímac	442	442	100.00	0	0.00
Arequipa	100	100	100.00	0	0.00
Ayacucho	578	577	99.83	1	0.17
Cajamarca	109	107	98.17	2	1.83
Cusco	939	886	94.36	53	5.64
Huancavelica	565	565	100.00	0	0.00
Huánuco	266	257	96.62	9	3.38
Ica	9	9	100.00	0	0.00
Junín	563	389	69.09	174	30.91
La Libertad	120	120	100.00	0	0.00
Lambayeque	25	25	100.00	0	0.00
Lima	287	287	100.00	0	0.00
Loreto	612	75	12.25	537	87.75
Madre de Dios	24	0	0.00	24	100.00
Moquegua	75	75	100.00	0	0.00
Pasco	188	73	38.83	115	61.17
Piura	136	136	100.00	0	0.00
Puno	1,251	1,251	100.00	0	0.00

¹¹⁹ SIVIRICHI, Atilio. “Derecho Indígena Peruano: Proyecto del Código Indígena”. Ediciones Kuntur. Editorial Domingo Miranda. Lima-Perú, 1946. p. 44.

¹²⁰ RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos, ROEL ALVA, Luis Andrés y LA ROSA CALLE, Javier. “En defensa de los derechos de los pueblos indígenas. Manual para líderes comunales. Preguntas y respuestas. 1ra. Edición. Editorial del Instituto de Defensa Legal. Lima – Perú, 2011. p. 13.

¹²¹ RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos y ROEL ALVA, Luis Andrés. Ibídem, p. 17.

San Martín	31	1	3.23	30	96.17
Tacna	46	46	100.00	0	0.00
Ucayali	231	0	0.00	231	100.00
Total	7,163	5,818	81.22	1,345	

Fuente: Directorio de Comunidades Campesinas. PETT 2002. Ministerio de Agricultura. Base de Datos de Comunidades Nativas. Marzo 2003. Defensoría del Pueblo. Elaboración: Portal Allpa. En: <http://www.allpa.org.pe/numero-de-comunidades-campesinas-por-departamento>

CUADRO N° 2

Las tierras de las comunidades campesinas y nativas

	Comunidades nativas*	Comunidades campesinas*
Número	5,818	1,265
Superficie (Ha)	19'721,446	6'386,788

* Reconocidas oficialmente al año 2002.

Fuente: Ministerio de Agricultura y PETT. En: informativo Legal Agrario, Cepes, abril 2005.

En el año 2008, se emitió el Informe Alternativo de las organizaciones de la sociedad civil en el Perú, sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT, sin embargo la ausencia de datos oficiales actualizados sobre poblaciones indígenas en el Perú, llamó la atención, toda vez que los censos 2005 y 2007 no incluyeron este ítem de manera específica. Con éstos instrumentos se establece que el 57.6 % de la población se identifica como mestiza, el 22.5% como quechua, el 4.8% como blanca, el 2.7% como aimara, el 1.7% como amazónica; el 9,1% señaló categorías diferentes a las mencionadas o no se identifica con ninguna. Asimismo, se advierte que por lo menos el 26.9% de la población total del país se autoindentifica directa o indirectamente dentro del concepto “indígena”.¹²²

Un año después, según el Informe Alternativo 2009 de las organizaciones de la sociedad civil en el Perú, sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en el Perú, en relación a quiénes son los pueblos indígenas, el propio Estado ha señalado ante la OIT, que la población indígena abarca también a una cantidad imprecisa de personas en la costa, en las urbes, o en contextos rurales no necesariamente comunitarios, como los agricultores ribereños de la Amazonía. Así, el Estado ha expresado en diversos informes a organismos internacionales (incluido La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones - CEACR), que la población indígena total suma alrededor del 40% de la población del país.¹²³ Hoy en la actualidad, tenemos como resultado, que el Ministerio de Cultura a noviembre de 2013 no ha implementado la base de datos de pueblos indígenas del Perú, lo cual va continuar dificultando los procedimientos de Consulta Previa que se desarrollen en los diferentes sectores productivos, cabe resaltar que lo que resulta más preocupante es que ésta base se está elaborando con datos bibliográficos y no se está levantando información de campo actualizada. Así cabe puntualizar, que con respecto a la cuantificación de la población indígena peruana, debemos establecer que la Consulta Previa es un elemento clave para lograr el objetivo principal del Convenio 169 de la OIT.

¹²² RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos, ROEL ALVA, Luis Andrés y LA ROSA CALLE, Javier. “En defensa de los derechos de los pueblos indígenas. Manual para líderes comunales. Preguntas y respuestas. 1ra. Edición. Editorial del Instituto de Defensa Legal. Lima – Perú, 2011. p. 15-16.

¹²³ RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos, ROEL ALVA, Luis Andrés y LA ROSA CALLE, Javier. “En defensa de los derechos de los pueblos indígenas. Manual para líderes comunales. Preguntas y respuestas. 1ra. Edición. Editorial del Instituto de Defensa Legal. Lima – Perú, 2011. p. 19.

2.2. RESEÑA HISTÓRICA DE LA TRATADOS RATIFICADOS POR EL PERÚ SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS

En las tres últimas décadas en Latinoamérica, se ha desarrollado el horizonte del constitucionalismo pluralista, en tres ciclos diferenciados, tal como lo señala Raquel Yrigoyen, estas son: “(1) la emergencia del multiculturalismo en los ochentas del siglo XX (donde se encuentran las constituciones que reconocen el multiculturalismo y derechos indígenas antes de la adopción del Convenio 169 de la OIT), (2) el reconocimiento del Estado Pluricultural y el pluralismo jurídico en los noventas del siglo XX (que se da después de la adopción del Convenio 169 de la OIT, y aquí se ubican los países andinos de Colombia [1991], Perú [1993], Bolivia [1994], Ecuador [1998] y Venezuela [1999], además México [varias reformas], Argentina [1994] y Paraguay) y, (3) el reconocimiento de la libre determinación de los pueblos y el modelo de Estado plurinacional del siglo XXI (en el marco de la adopción de la Declaración de la Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas [2006], está conformado por dos procesos constituyentes, de Bolivia [2006-2009] y Ecuador [2008]. Estos procesos ponen en el escenario del debate nuevos conceptos y retos para una reconfiguración de la relación entre pueblos indígenas y los Estados, así como los Estados mismos, buscando abandonar el modelo monocultural, monista y egocéntrico, así como la herencia de la tutela colonial.)”¹²⁴

“Luego de la Era Colonial, los Estados latinoamericanos se organizaron, bajo liderazgo criollo, en torno a proyectos políticos excluyentes que implantaron nuevas formas de sometimiento, anexión territorial y subordinación indígena en el horizonte de constitucionalismo liberal del siglo XIX. Se instauró un Estado organizado en instituciones formalmente democráticas, con un sistema de garantías y derechos individuales que negaba a los indígenas derechos colectivos a sus tierras. Se trataba de una Estado monocultural, etnocéntrico, de ciudadanía restringida (para hombres blancos propietarios padres de familia) y que no reconocía a los pueblos, naciones, idiomas, culturas ni sistemas jurídicos indígenas.”¹²⁵ A principios del Siglo XIX en el año 1919 nace la Organización Internacional de Trabajo (OIT) como parte de la Liga de Naciones, que tenía por objeto la promoción de derechos laborales en las relaciones industriales florecientes y en ese contexto termina regulando los derechos laborales de los trabajadores indígenas descubriendo que su situación de extrema vulnerabilidad se debía a las condiciones socioeconómicas desfavorables en que se encontraban en los diversos países del mundo, razón por la cual promueve convenios que aseguren no solo mejores condiciones laborales, si no que garanticen sus derechos colectivos y sus identidad étnica y cultural.

Posteriormente la OIT, se convierte en un organismo especializado de la Organización de Naciones Unidas (ONU), al desaparecer la liga de naciones. La OIT fue el primer organismo internacional que se interesó por la situación de los pueblos indígenas, para mejorar sus condiciones de trabajo y de vida, ya que en aquella época el trabajo forzado y la servidumbre afectaba particularmente a los pueblos indígenas. En 1957, la OIT adoptó el Convenio N° 107 sobre poblaciones indígenas y tribales en países independientes. Este Convenio fue el primer instrumento internacional que consagró derechos de los pueblos indígenas y las correspondientes

¹²⁴ YRIGOEYEN FAJARDO, Raquel Z. “Pueblos Indígenas. Constituciones y reformas políticas en América Latina. 1ra. Edición. Editorial del Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS. Lima-Perú, 2010. p. 09

¹²⁵ *Ibidem*, p. 10

obligaciones para los Estados que lo ratificaran.¹²⁶ Así nace el Convenio 107 de la OIT, que es el primer tratado que pretende proteger a las poblaciones indígenas y hacer respetar sus derechos, aunque desde un enfoque asimilacionista, esto es tratar de occidentalizar a las poblaciones indígenas en el entendido que ello era el desarrollo. La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, es otro de los instrumentos que permiten defender los derechos de los pueblos indígenas, fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965.

Es importante mencionar que en el Perú los pueblos indígenas y no indígenas han sido reconocidos en dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos en el año 1966, el de “Derechos Civiles y Políticos” y el de “Derechos Económicos, Sociales y Culturales” Sin embargo, 30 años más tarde desde el Convenio N° 107, la OIT tenía una mirada diferente sobre la realidad de los pueblos indígenas y decidió revisar el Convenio N° 107, dadas las amplias críticas a su terminología condescendiente y paternalista y a su enfoque integracionista o asimilacionista. Es así como en junio de 1989, la Conferencia Internacional del Trabajo decidió aprobar el Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.¹²⁷ Adviértase, que el Convenio 169 de la OIT cambia el enfoque y desde un dialogo intercultural, así como de respeto de las culturas autóctonas se empieza a generar nuevos derechos indígenas empezando por el de la Consulta Previa, Derecho Instrumental, que sería la puerta de ingreso para el resto de derechos colectivos de estas poblaciones. La comunidad internacional ha venido trabajando a través de los años, en la adopción de normas de carácter colectivo. En ese sentido podemos considerar como los principales instrumentos internacionales vigentes, dedicados específica y exclusivamente a los derechos de los pueblos indígenas a:

- El Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 7 de junio de 1989 y,
- La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de setiembre de 2007.

Tal como lo refiere Yrigoyen, en respuesta a las luchas indígenas, “el derecho internacional y los sistemas jurídicos nacionales han ido desarrollando un *corpus* de derechos de los pueblos indígenas destinado por un lado a reparar en parte las injusticias históricas y por otro, a brindar condiciones para un nuevo entendimiento entre los Estados, los pueblos indígenas y la sociedad en su conjunto.”¹²⁸ Y ello se puede observar a partir de los instrumentos internacionales mencionados tales como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de pueblos indígenas. En el 2009 se cumplió el vigésimo aniversario de la adopción del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes y en el 2015 se cumplirán 24 años de su entrada en vigor.¹²⁹

¹²⁶ FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL (DUE PROCESS OF LAW-DPLF). “Manual para defender los derechos de los pueblos indígenas”. Editorial DPLF. Washington, D.C., 2003. p. 03.

¹²⁷ YRIGROYEN FAJARDO, Raquel Z. “Pueblos Indígenas. Constituciones y reformas políticas en América Latina. 1ra. Edición. Editorial del Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS. Lima-Perú, 2010. p. 20.

¹²⁸ YRIGROYEN FAJARDO, Raquel Z. “Pueblos Indígenas. Constituciones y reformas políticas en América Latina. 1ra. Edición. Editorial del Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS. Lima-Perú, 2010. p. 19.

¹²⁹ YRIGROYEN FAJARDO, Raquel Z. “Pueblos Indígenas. Constituciones y reformas políticas en América Latina. 1ra. Edición. Editorial del Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS. Lima-Perú, 2010, p. 15.

En las últimas décadas, los movimientos indígenas de América Latina han logrado crecer, articularse y fortalecer sus identidades y discursos. Los movimientos indígenas reivindican su autonomía, sus derechos territoriales, el respeto a sus valores culturales, idiomas, instituciones, normas y sistema de justicia propio; así como el derecho a decidir sus formas y prioridades de desarrollo.¹³⁰ En la actualidad, podemos decir que “todavía se producen prácticas de criminalización de la cultura y el derecho indígena. En el Perú, por ejemplo, hay aproximadamente quinientos campesinos ronderos procesos por usurpación de funciones, coacciones o delitos afines, por el solo hecho de administrar justicia de acuerdo a sus normas y procedimientos”¹³¹, como ejemplo de ello en el Perú, tenemos los sucesos ocurridos en caso Bagua durante junio de 2009. Posteriormente, ello dio origen a la Ley de Consulta Previa (2011) y esto a su vez da mérito a su Reglamento, Decreto Supremo N° N° 001-2012-MC (2012).

2.3. LOS DERECHOS INDÍGENAS EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA

Teniendo en cuenta los antecedentes sociales históricos vividos por los pueblos indígenas y antes de ingresar al análisis retrospectivo de sus derechos en las Constituciones peruanas, debemos observar que la categoría jurídica de “pueblos indígenas” no existe como tal en nuestra actual Constitución, ni tampoco ha existido en las anteriores, situación que no implica necesariamente una negación al acceso de la protección constitucional actual, pero si limita el desarrollo de sus derechos y los subordina a interpretaciones antojadizas.¹³² Los preceptos constitucionales de la época republicana, referidos a pueblos indígenas, preceden a normas antiquísimas y se remontan a siglos anteriores, donde el hecho de ser diferentes los colocaba en una situación de objetos, por lo que el hecho de la conversión religiosa los convertía en “civilizados”. Así como referente que confirma lo expuesto, tenemos al Acta Constitucional de Nueva Granada de 1811, por lo que se invita al lector a revisar sus artículos 24 y 25.

Así, en la vida constitucional del Perú, tenemos como precedente a la Constitución Política de la Monarquía Española, conocida también como la Constitución de Cádiz de 1812, la cual era aplicable al Perú, y que buscaba ser una extraña fusión entre el liberalismo decimonónico y la tradición conservadora del derecho colonial, donde la religión estaba por encima a lo político, como un orden legítimo de protección.¹³³ Años más tarde, contábamos con la Constitución Política de la República Peruana de 1828, que promovía una asimilación obligatoria de los pueblos indígenas a la república, de modo tal que instrumentaba esta función en las Juntas Departamentales. Sin embargo, cabe mencionar que se conservaba el criterio de que los pueblos indígenas no eran sociedades que respondían a su calificación de “civilizados”. De ello se hace evidencia durante toda la etapa constitucional de los años mil ochocientos, donde se denota una vivencia permanente de exclusión y violación a sus derechos.¹³⁴

¹³⁰ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. “Pueblos Indígenas. Constituciones y reformas políticas en América Latina. 1ra. Edición. Editorial del Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS. Lima-Perú, 2010. p.63.

¹³¹ Ibidem, p. 64.

¹³² RAMOS PRUDENCIO, Gloria. “Informe Consulta Previa-Derecho Fundamental de los Pueblos Indígenas e Instrumento de Gestión Estatal para el Fortalecimiento de la Democracia. 1ra Edición. Editorial de Derecho, Ambiente y Recurso Naturales-DAR y del Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica-CAAAP. Lima-Perú, 2011, p. 117-118.

¹³³ RAMOS PRUDENCIO, Gloria. “Informe Consulta Previa-Derecho Fundamental de los Pueblos Indígenas e Instrumento de Gestión Estatal para el Fortalecimiento de la Democracia. 1ra Edición. Editorial de Derecho, Ambiente y Recurso Naturales-DAR y del Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica-CAAAP. Lima-Perú, 2011, p. 121.

¹³⁴ RAMOS PRUDENCIO, Gloria. “Informe Consulta Previa-Derecho Fundamental de los Pueblos Indígenas e Instrumento de Gestión Estatal para el Fortalecimiento de la Democracia. 1ra Edición. Editorial de Derecho, Ambiente y Recurso Naturales-DAR y del Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica-CAAAP. Lima-Perú, 2011, p.123.

Continuando la etapa de los años 1900, se remontan varios procesos de lucha, sucedidas por levantamientos indígenas, que derivaron posteriormente en las comunidades campesinas reconocidas constitucionalmente. Tal es así, que el inicio constitucional y legal de las comunidades indígenas, se da recién con la Constitución para la República del Perú dictada por la Asamblea Nacional de 1919 y promulgada el 18 de enero de 1920, por el presidente Augusto B. Leguía. A diferencia del siglo XIX, el Estado peruano remarcó un antes y un después, con la Constitución de 1920 respecto de las comunidades indígenas, pues hacía mención a la protección, regulación y tratamiento del derecho de propiedad de la tierra, constituyendo así el tema de la imprescriptibilidad.¹³⁵

Ya para el año 1933, la Constitución Política del Perú, del 29 de marzo de 1933, fue el siguiente documento importante normativo del Perú, como consecuencia lógica de la anterior, y en la que se estableciendo una serie de artículos especiales sobre Comunidades de Indígenas, por lo que se incorporó el tema de mecanismo de protección de tierras, además de la figura de imprescriptibilidad, y sus condiciones de inajenabilidad e inembargabilidad de la propiedad. Así, también otorga un claro y concreto reconocimiento a la existencia legal y personería jurídica de las comunidades indígenas. Además, por primera vez, esta Constitución logra expedir normas a los pueblos indígenas alejados de la Amazonía, bajo la denominación de “tribus silvícolas”, lo que vendrían a ser actualmente “pueblos indígenas en aislamiento o en contacto inicial”. Se debe acotar en estas líneas que “las constituciones políticas del Perú, durante la época republicana, han dado mayor importancia al aspecto político de la República, dejando de lado la orientación social, que solo tiene relativa expresión en las Constituciones de 1920 y 1933.”¹³⁶

Así, el Perú es un Estado Constitucional de Derecho, y la Constitución Política, actual no solo tiene fuerza vinculante, sino que ostenta la mayor jerarquía normativa. Lo cual trae como consecuencia que esta sea de aplicación inmediata. Pero no solo eso, sino que ella cuenta con mecanismos de defensa judicial, como son los procesos constitucionales. El carácter normativo o fuerza vinculante directa está recogida en los artículos 38 y 45 de la Constitución y en el principio de fuerza normativa de la Constitución.¹³⁷ No obstante ello, Ballón Aguirre nos refiere que, “respecto a los derechos de los pueblos indígenas, el Perú está entre los países latinoamericanos más atrasados en lo que a materia constitucional se refiere. Las constituciones peruanas se mantienen centradas en las antiquísimas pautas de la comunidad como su objeto-techo en tanto otros países se abren al concepto de pueblo.”¹³⁸ Opinión la cual compartimos, toda vez que el concepto de pueblo, abarca mucho más allá de la denominación comunidad, tal es así, que involucra cultura, religión, antepasado, El Derecho indígena realmente existente en la actualidad es un Derecho subordinado, de ahí que de lo que se trata es de sacarlo de esa situación y colocarlo en la misma posición

¹³⁵ RAMOS PRUDENCIO, Gloria. “Informe Consulta Previa-Derecho Fundamental de los Pueblos Indígenas e Instrumento de Gestión Estatal para el Fortalecimiento de la Democracia. 1ra Edición. Editorial de Derecho, Ambiente y Recurso Naturales-DAR y del Centro Amazónico de Antropología y aplicación Práctica-CAAAP. Lima-Perú, 2011, p. 126-127.

¹³⁶ SIVIRICHI, Atilio. “Derecho Indígena Peruano: Proyecto del Código Indígena”. Ediciones Kuntur. Editorial Domingo Miranda. Lima-Perú, 1946. p. 114.

¹³⁷ RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos y ROEL ALVA, Luis Andrés. “Manual de herramientas legales para operadores del sistema de justicia para defender los derechos de los pueblos indígenas”. 1ra. Edición. Editorial del Instituto de Defensa Legal. Lima – Perú, 2011. , p.187.

¹³⁸ BALLÓN AGUIRRE, Francisco. “Manual del Derecho de los Pueblos Indígenas”. 1ra. Edición. Editorial de la Defensoría del Pueblo. Lima – Perú, 2004. p. 13.

¹³⁸ *Ibidem*. p. 60.

jerárquica que de Derecho Estatal.¹³⁹ En opinión de Ballón Aguirre considera que, “los pueblos indígenas peruanos nunca han sido una realidad jurídica en la Constitución peruana.”¹⁴⁰

2.4. LA INSTITUCIONALIDAD INDÍGENA EN EL PERÚ

2.4.1. LAS AUTORIDADES INDIGENAS ESTATALES A PRINCIPIOS DEL SIGLO XXI: CONAPA, INDEPA Y EL VICEMINISTERIO DE INTERCULTURALIDAD

Uno de los problemas más gravitantes en la conformación del Estado peruano fue el tratamiento de la población indígena que durante la colonia había sido objeto primero de genocidio y despojo de sus tierras, y luego de tributos y explotación laboral. Así, en la república se intentó proteger la población indígena, librándola de tributos y tratando de evitar que inescrupulosos trafiquen sus tierras y derechos, cuestión que lamentablemente no se logró en el siglo XIX ante la ausencia de la autoridad estatal que vele por los derechos indígenas. No fue hasta la llegada de la Constitución de 1920 en que aparecen instituciones que procuran la defensa de los derechos indígenas a partir del reconocimiento legal de las comunidades indígenas y la propiedad comunal. Adviértase que se consagra por primera vez la imprescriptibilidad de la propiedad indígena a nivel constitucional y que por el entonces gobierno de Augusto B. Leguía crea la sección de asuntos indígenas en el Ministerio de Fomento y Obras Públicas, crea el Día del Indio, crea el Patronato de la Raza Indígena y apoya el arte Pro indígena y el Comité “Pro Derecho Indígena Tahuantinsuyo”.

Las políticas indígenas, a lo largo de la historia, creados al amparo de la Convención que Estatuye el Instituto Indigenista Interamericano, suscrita por Costa Rica, Cuba, Panamá, Paraguay y Perú y ratificada por Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Honduras, México y Nicaragua en el año 1940, han sufrido cambios diversos en toda Latinoamérica, ello lo podemos observar en el caso de nuestro país, donde incluso esta institución ha pasado al olvido, no obstante estar vigente la citada Convención. Posteriormente, el 15 de mayo de 1946 el gobierno constituyó el Instituto Indigenista Peruano, IIP, adscrito al Ministerio de Justicia y Trabajo. Más adelante, el 19 de noviembre de 1948 se crea el Ministerio de Trabajo y Asuntos Indígenas por Decreto Ley N° 10902, nótese que si bien el Ministerio antes mencionado ya existía, la problemática laboral indígena dio lugar a que se refuerce su institucionalidad añadiendo los asuntos indígenas a la referida cartera. Asimismo, el 8 de octubre de 1953 llegó al Perú una Misión de Asistencia Técnica de la OIT para el Área Andina, orientada hacia la promoción de los derechos de los pueblos indígenas, desarrollando su ámbito de acción no sólo en el Perú, sino también en Bolivia y Colombia, lo cual revelaba el interés de la región en el desarrollo de un marco legal protector de la población indígena. Así, a fines de 1954, a raíz de las múltiples actividades y de los logros obtenidos por dicho proyecto, se decidió establecer un Centro de Acción en Lima. Ya para el año 1957, mediante Decreto Supremo N° 36 se creó la Dirección de Comunidades Campesinas, en el Ministerio de Trabajo y Asuntos Indígenas, lo que deja constancia la preocupación de parte del Estado peruano por la problemática de las tierras indígenas.

Años después el Ministerio de Trabajo y Asuntos Indígenas, en 1965 pasó a cambiar su nombre por el de Ministerio de Trabajo y Comunidades. Y así en 1968, nuevamente modificó su nombre para

¹³⁹ PEÑA JUMPA, Antonio; CABEDO MALLOL, Vicente y LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco. “Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos Indígenas de América Latina”. 1ra. Edición. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima - Perú. Fondo Editorial 2002. p. 204.

¹⁴⁰ BALLÓN AGUIRRE, Francisco. “Manual del Derecho de los Pueblos Indígenas”. 1ra. Edición. Editorial de la Defensoría del Pueblo. Lima – Perú, 2004. p. 49.

denominarse simplemente, Ministerio de Trabajo, cumpliendo funciones como la promoción económica, social y cultural de la población indígena. Mediante Decreto Ley N° 17524, Ley Orgánica del Ministerio del Trabajo, se estableció la Dirección General de Integración Indígena, en el año 1969.

Posteriormente, en 1981 el Instituto Indigenista Peruano se convirtió en un organismo público descentralizado, el cual estuvo adscrito al Ministerio de Trabajo y Promoción Social. Pero luego, esta entidad pasó a estar adscrita al Viceministerio de Promoción Social, en 1986. Así, ya para el año 1990, se integra el Instituto Indigenista Peruano a la Dirección General de Comunidades Campesinas y Nativas del Ministerio de Trabajo y Promoción Social. En 1992, se dispuso la transferencia del Instituto Indigenista Peruano al Ministerio de Agricultura; casi un año después, el mencionado instituto fue adscrito como un órgano dependiente del Viceministerio de Agricultura. Sin embargo, el Instituto Indigenista Peruano fue adsorbido por el Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano (PROMUDEH), y en su lugar se instaura la Unidad de Programas para Poblaciones Indígenas (UPPI) la cual dependía de la Oficina de Desarrollo Productivo, que a su vez integraba la Gerencia de Desarrollo Humano.

Sin embargo, no fue hasta la principios de siglo XXI, cuando se genera un organismo con mayor independencia presupuestal y técnica como fue el CONAPA, adviértase que durante el Gobierno de transición de Paniagua, a la caída de Fujimori, la Secretaría Técnica de Asuntos Indígenas (SETAI), creada en el año 1998, ubicada dentro del Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano, era la instancia encargada de las políticas públicas en materia indígena. Posteriormente, con la llegada del gobierno de Toledo en el 2000, la misma se subsumió en la CONAPA, que es la Comisión de Pueblos Andinos y Amazónicos, creado el 5 de octubre del 2001, por DS 111-2001-PCM y dirigida por el Despacho de la Primera Dama. Lamentablemente, la corrupción en el ámbito de las consultorías desarrolladas por la CONAPA y la falta de credibilidad de su titular dio lugar a que se extinguiera la misma y, se generara una nueva organización llamada INDEPA, Instituto para el Desarrollo de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, (creado mediante Ley N° 28495, publicada el 6 de abril del 2005) con carácter de Organismo Público Descentralizado – OPD multisectorial, con rango ministerial y adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros.¹⁴¹ El interés por temas indígenas disminuiría con la llegada del Gobierno del APRA en el año 2006, cuando mediante Decreto Supremo N° 001-2007-MIMDES, publicado el 23 de febrero del 2007, se subsume al INDEPA dentro del Ministerio de la Mujer y el Desarrollo Social (MIMDES), convirtiéndolo en la Dirección General de Pueblos Originarios y Afroperuanos (DGPOA).¹⁴² No obstante ello, el reclamo de las organizaciones indígenas hace posible que en diciembre de 2007, mediante Ley N° 29146, el Congreso reinstaure el INDEPA y deje sin efecto dicho Decreto Supremo, pero en el camino la institución quedó muy debilitada y perdió su carácter de organismo autónomo y su composición plural y consultada.¹⁴³

Por el Decreto Supremo N° 001-2008-MIMDES, se dispuso nuevamente, la adscripción del INDEPA al MIMDES aunque lo correcto hubiera sido que se quedaría en la PCM, como lo señalaba su ley de creación. Lo grave vino después, cuando se le cambio su status de técnico especializado a organismo público ejecutor, y perdió el status también de ente rector de pueblos indígenas,

¹⁴¹ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. "Pueblos Indígenas. Constituciones y reformas políticas en América Latina. 1ra. Edición. Editorial del Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS. Lima-Perú, 2010. p. 47- 48.

¹⁴² *Ibidem*, p. 48

¹⁴³ *Idem*.

mediante el Decreto Supremo N° 034-2008-PCM de fecha 6 de mayo de 2008, en que se listan los organismos públicos, se califica al INDEPA como Organismo Público Ejecutor. Posteriormente, debido a la presión de organización indígenas, se vuelve adscribir al INDEPA a la Presidencia del Consejo de Ministros, mediante Decreto Supremo N° 022-2010-PCM. Por lo que, “las organizaciones indígenas y campesinas están en una abierta confrontación con la nueva dirección de INDEPA que ya no incluye consejeros elegidos por las organizaciones indígenas, ni respeta el derecho de consulta, entre otros derechos.”¹⁴⁴

Los sucesos de Bagua en junio de 2009, reflejan que la política sobre pueblos indígenas del actual gobierno en el Perú han optado por hacer caso omiso al derecho internacional que el mismo Estado ayudó a crear, considerando el rol activo que tuvo la Cancillería peruana en los gobiernos previos, para adoptar la Declaración de la ONU.¹⁴⁵ El 21 de julio de 2010, se crea al Ministerio de Cultura mediante Ley N° 29565. Así, por Decreto Supremo N° 001-2010-MC del 26 de setiembre de 2010, se dispone la fusión del INDEPA en el Ministerio de Cultura. Por lo que en la actualidad se ha elevado las funciones del INDEPA, a nivel del Ministerio de Cultura, habiéndose creado el Vice Ministerio de la Interculturalidad y la Unidad Ejecutora INDEPA. Así también, hoy en día podemos observar el creciente interés a nivel internacional sobre los pueblos indígenas y la protección del medio ambiente, por lo que ello ha generado redes, foros, eventos, relaciones con instituciones filantrópicas, fundaciones, agencias de cooperación ONG.¹⁴⁶

2.5. LA DESAPARICIÓN DE INDEPA SIN CONSULTA PREVIA

La Constitución de un Estado Plurinacional y Pluricultural como el peruano da un paso fundamental cuando reconoce ese conjunto de nacionalidades y culturas diversas, pero para garantizar el desarrollo de las mismas, requiere de la construcción de una institucionalidad intercultural fuerte, objetiva e independiente. Sin duda, el error más grande de la Ley de Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, Ley N° 29785 es no haber reivindicado al Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano –INDEPA en su estatus de autoridad indígena con cierta autonomía. Ahora bien, vayamos a revisar los daños ocasionados al ente rector en asuntos indígenas, y empezaremos para ello, leyendo la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley de Consulta Previa, el cual señala que “para efectos de la Ley de Consulta Previa, se considera al Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura como el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo.” En principio el Congreso de la República, abiertamente contraviene y desconoce la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N° 29158, puesto que no es posible que un Viceministerio sea a la vez un Órgano Técnico Especializado, o se es uno o se es otro, pero es imposible tener ambos estatus.

La diferencia más distintiva entre un Viceministerio y un Órgano Técnico Especializado, es que el segundo tiene personería jurídica, autonomía técnica, y cuenta obligatoriamente con un Consejo Directivo, en tanto, que un Viceministerio no cuenta con personería jurídica, tiene una menor autonomía técnica y está absolutamente subordinado al Ministro del sector. En otras palabras, ¡no son lo mismo!, la única explicación a ello, es que fue la última estratagema lanzada por una

¹⁴⁴ Ídem.

¹⁴⁵ Ídem.

¹⁴⁶ RAMOS PRUDENCIO, Gloria. “Informe Consulta Previa-Derecho Fundamental de los Pueblos Indígenas e Instrumento de Gestión Estatal para el Fortalecimiento de la Democracia. 1ra Edición. Editorial de Derecho, Ambiente y Recurso Naturales-DAR y del Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica-CAAAP. Lima-Perú, 2011, p.106.

minoría parlamentaria, que se oponía al derecho a la consulta previa, y funcionó bien, pues neutralizaron el más importante avance en la institucionalidad de un sistema nacional de asuntos indígenas, al desaparecer de un plumazo al INDEPA, y entregarnos una Ley de Consulta Previa, sin Órgano Técnico Especializado en materia indígena, mejor negocio, para un sector parlamentario que no cree en el derecho a consulta previa, ¡imposible!.

MINISTROS DE ESTADO

El Ministro de Estado, con arreglo a la Constitución Política del Perú, es el responsable político de la conducción de un sector o sectores del Poder Ejecutivo. Orientan, formulan, dirigen, coordinan, determinan, ejecutan, supervisan y evalúan las políticas nacionales y sectoriales a su cargo; asimismo, asumen la responsabilidad inherente a dicha gestión en el marco de la política general del gobierno.

VICEMINISTROS

El Viceministro es la autoridad inmediata al Ministro. Los Ministerios pueden tener más de un Viceministerio conforme a su Ley de Organización y Funciones.

SECRETARIA GENERAL

El Secretario General asiste y asesora al Ministro en los sistemas de administración de la entidad, pudiendo asumir por delegación expresa del Ministro las materias que correspondan a este y que no sean privativas de su función de Ministro de Estado. Está encargado de supervisar la actualización permanente del portal de transparencia de su respectivo Ministerio.

Fuente: Artículos 25º, 26º y 27º de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo

ORGANISMOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS

Los Organismos Públicos son entidades desconcentradas del Poder Ejecutivo, con personería jurídica de Derecho Público. Tienen competencias de alcance nacional. Están adscritos a un Ministerio y son de dos tipos: Organismos Públicos Ejecutores, y Organismos Públicos Especializados.

Los Organismos Técnicos Especializados se crean, por excepción, cuando existe la necesidad de:

1. Planificar y supervisar, o ejecutar y controlar políticas de Estado de largo plazo, de carácter multisectorial o intergubernamental que requieren un alto grado de independencia funcional.
2. Establecer instancias funcionalmente independientes que otorgan o reconocen derechos de los particulares, para el ingreso a mercados o el desarrollo de actividades económicas; que resulten oponibles a otros sujetos de los sectores Público o Privado.

Los Organismos Técnicos Especializados:

1. Están dirigidos por un Consejo Directivo.
2. Se sujetan a los lineamientos técnicos del Sector correspondiente con quien coordinan sus objetivos y estrategias.
3. Su política de gasto es aprobada por el Sector al que están adscritos, en el marco de la política general de Gobierno.

Fuente: Artículos 28º y 33º de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo

La pregunta ahora que irrumpe es: ¿Cuál es la ruta para conseguir restituir el estatus que tenía el INDEPA, y devolverle su naturaleza de ente rector en pueblos indígenas? El camino no será fácil, pues primero, tenemos que averiguar, cuando lo perdimos, para rescatarlo de la situación dramática actual. Empecemos por el principio, mediante Ley Nº 28495, publicada el 15 de abril del 2005, se crea el Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano- INDEPA, como Organismo Público Descentralizado, con rango ministerial, adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, en calidad de organismo rector dirigido a la promoción, defensa, investigación y afirmación de los derechos y desarrollo con identidad de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano, que reemplaza a un cuestionado organismo anterior llamado CONAPA. Posteriormente, la Ley del INDEPA es reglamentada, mediante el Decreto Supremo Nº 065-2005-PCM de fecha 12 de agosto de 2005.

Los problemas llegarían con el Decreto Supremo N° 001-2007-MIMDES, publicado el 23 de febrero del 2007, que fusiona al INDEPA con el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social-MIMDES, transformándolo en una Dirección de línea. Felizmente, más adelante, mediante la Ley N° 29146, se dejó sin efecto el Decreto Supremo N° 001-2007-MIMDES, y se precisó que se encuentran plenamente vigente la Ley N° 28495, con lo cual el INDEPA, recupero su estatus de organismo público técnico especializado. Posteriormente, mediante Decreto Supremo N° 001-2008-MIMDES, se dispuso la adscripción del INDEPA al MIMDES aunque lo correcto hubiera sido que se quedaría en la PCM como lo señalaba su ley de creación. Lo grave vino después, se le cambio su status de técnico especializado a organismos público ejecutor, y perdió su status también de ente rector de pueblos indígenas, mediante el Decreto Supremo N° 034-2008-PCM, de fecha 6 de mayo de 2008, en que se listan los organismos públicos, se califica al INDEPA como Organismo Público Ejecutor. Posteriormente, debido a la presión de organización indígenas, se vuelve adscribir al INDEPA a la Presidencia del Consejo de Ministros, mediante Decreto Supremo N° 022-2010-PCM.

ORGANISMOS PÚBLICOS EJECUTORES

Los Organismos Públicos Ejecutores ejercen funciones de ámbito nacional. Se crean cuando existen las siguientes condiciones:

1. Se requiera una entidad con administración propia, debido a que la magnitud de sus operaciones es significativa; o
2. Se requiera una entidad dedicada a la prestación de servicios específicos.

Los Organismos Públicos Ejecutores:

1. Están sujetos a los lineamientos técnicos del Sector del que dependen; y la formulación de sus objetivos y estrategias es coordinada con estos.
2. Su política de gasto es aprobada por la entidad de la que dependen, en el marco de la política general de gobierno.
3. No tienen funciones normativas, salvo que estén previstas en su norma de creación, o le fueran delegadas expresamente por el Ministerio del cual dependen.
4. Están dirigidos por un Jefe, cuyo cargo es de confianza. Por excepción, podrán contar con un Consejo Directivo, cuando atiendan asuntos de carácter multisectorial. En estos casos, su Consejo Directivo estará integrado sólo por los Ministros o los representantes de los sectores correspondientes.

Fuente: Artículo 30º de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo

Asimismo, mediante el artículo 11º de la Ley N° 29565, Ley de Creación del Ministerio de la Cultura, el 21 de julio de 2010, establece que el INDEPA quedara adscrito al Ministerio de Cultura, como órgano público ejecutor. Sin embargo, más adelante, INDEPA mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MC, del 26 de setiembre del 2010, se dispone la fusión por absorción del INDEPA al Ministerio de Cultura, proceso que culminó el 31 de diciembre del 2010, con lo cual perdía su estatus de organismo público, y se convertía, en un ente con menor jerarquía que un órgano de línea, al ser un órgano consultivo (Comisión Consultiva Nacional de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos-INDEPA), conforme el artículo 22 del ROF del MINCU, Decreto Supremo N° 001-2011, lo que constituye una especie de consuelo, ello en tanto, las funciones del INDEPA serían ejercidas por el Vice Ministerio de Interculturalidad, conforme se aprecia en el artículo 12 del ROF del MINCU, cuando era quien en realidad en última instancia, de considerarse había duplicidad de funciones debió desaparecer, y manteniéndose la existencia de INDEPA. El epitafio de esta historia, lo constituye el Decreto Supremo N° 058-2011-PCM sobre "Actualizan la calificación y

relación de los Organismos Públicos”, donde ya no aparece el INDEPA como órgano público ejecutor. Sin embargo, los reclamos de las poblaciones indígenas hacen que se le reconozca como unidad ejecutora estatus que actualmente mantiene.

Aquí nos preguntamos, si se olvidó acaso, el estatus de ente rector del INDEPA, que implica según el artículo 44º de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo lo siguiente: “un Ente Rector se constituye en autoridad técnico-normativa a nivel nacional del Sistema Nacional, en este caso de pueblos indígenas; dicta las normas y establece los procedimientos relacionados con su ámbito; coordina su operación técnica y es responsable de su correcto funcionamiento, sus leyes especiales y disposiciones complementarias.” Si pues al transformarlo en ente ejecutor, se sepulta en gran parte esta labor rectora, que ahora se le encomienda al Viceministerio de Interculturalidad. Y parece que todos los caminos, nos llevan a la Consulta Previa, puesto que las modificaciones al INDEPA, entendido como lo establece el artículo 2º de la Ley Nº 28495, esto es como “organismo rector de las políticas nacionales encargado de proponer y supervisar el cumplimiento de las políticas nacionales, así como de coordinar con los Gobiernos Regionales la ejecución de los proyectos y programas dirigidos a la promoción, defensa, investigación y afirmación de los derechos y desarrollo con identidad de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano,” son ilegales e inconstitucionales por no observarse el citado derecho colectivo. Y ello es así, porque resulta, evidente que cualquier modificación al INDEPA, su adscripción, su reorganización, su fusión, e incluso su propia existencia, al afectar intereses directos de los pueblos indígenas debió ser ineludiblemente objeto de consulta previa. En consecuencia, una revisión de las normas emitidas por el Poder Ejecutivo que modifican y extinguen al INDEPA y su estatus, debería llevarnos a dejarlos sin efecto, esto es anularlos por inconsultos, y restaurar la vigencia de la Ley de creación del INDEPA, reponiendo, por tanto, en sus funciones al citado órgano público.

El camino para devolverle el estatus de ente rector al INDEPA, puede ser sencillo, si el Poder Ejecutivo de oficio, le devuelve el estatus que le corresponde a este organismo público, mediante la expedición de normas correspondientes, o muy tortuoso, si se demanda, vía una acción de cumplimiento, la aplicación de la Ley que crea el INDEPA, y el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, que se refiere a la Consulta Previa. En la práctica, todos los decretos supremos que modifican el INDEPA, emitidos sin respetar el derecho a la consulta previa son nulos, y la Ley de creación del INDEPA, nunca dejó de estar vigente, no solo porque nunca hubo una derogación expresa, sino porque las normas que pretendían efectuar una derogación tácita era nulas de pleno derecho por inconstitucionales, al no haber efectuado la consulta previa correspondiente.

2.5.1. LA RESTITUCIÓN DEL INDEPA MEDIANTE ACCIÓN JUDICIAL

Así, las cosas, el IDLADS requiere mediante Carta del **26 de septiembre del 2011** al **Ministerio de Cultura** que **dé cumplimiento**: a los artículos 2º, 3º y 4º de la Ley Nº 28495, que crea el Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano- INDEPA, los cuales establecen que el INDEPA es un órgano público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público, con autonomía funcional, técnica, económica, financiera, administrativa y presupuestal, que tiene por objeto ser el ente rector en asuntos relacionados a los pueblos indígenas, conforme se desprende de los artículos antes mencionados. Asimismo, dé cumplimiento al numeral 1 del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, y en ese sentido revise y anule las normas dictadas por su sector que omitieron el derecho a la consulta previa, no obstante afectar directamente asuntos de incumbencia de los pueblos indígenas, incumpliendo

dicha obligación internacional. Entre las medidas administrativas y legislativas que deben ser dejadas sin efecto por inobservar el derecho a la consulta previa se encuentran aquellas encaminadas a desconocer la naturaleza, atribuciones y competencias del INDEPA, como es el caso del Decreto Supremo N° 001-2010-MC, que dispone la fusión por absorción del INDEPA al Ministerio de Cultura **¿Y es que, si ya ni se hace consulta previa para algo tan importante como el destino y existencia del órgano público técnico especializado en materia de pueblos indígenas (INDEPA), qué podemos esperar que se consulte?** Posteriormente, ya habiendo transcurrido el plazo legal para que el Ministerio de Cultura cumpla con la norma sin que lo haga, procedemos a interponer la Acción de Cumplimiento asignada con el Expediente N° 19938-2011 en el Tercer Juzgado Constitucional de Lima dirigida a restituir el estatus legal del INDEPA, declarándose Improcedente en primera instancia y siendo confirmada por la segunda instancia, lo cual era de esperarse pues por la importancia del caso, pocos jueces constitucionales se arriesgarían a resolver sobre el fondo, es por ello que con fecha 15 de enero del 2012 el Instituto IDLADS interpuso Recurso de Agravio Constitucional ante la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Lima, en tanto el 16 de enero del 2012, se nos concede el Recurso de Agravio Constitucional: en consecuencia se ordena que se eleven los autos al Tribunal Constitucional, y finalmente el día 25 de enero del 2013 el expediente es remitido al Tribunal Constitucional con Guía N° 12011423.

Actualmente el estado del proceso es: **AGRAVIO CONSTITUCIONAL**. Asimismo, el Instituto IDLADS interpone acción de cumplimiento por los mismos hechos al **Ministerio de Cultura**, remitiéndole el 26 de setiembre del 2011 a fin que **dé cumplimiento**: a los artículos 2º, 3º y 4º de la Ley N° 28495, que crea el Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano- INDEPA, dicha acción de cumplimiento está asignada con el número de expediente N°19941-2011 del 10mo Juzgado Constitucional dirigida a restituir el estatus legal del INDEPA, declarándose el 19 de octubre del 2011 mediante resolución N° 1 improcedente la demanda, sin embargo con fecha 11 de noviembre del 2011 apelamos dicha resolución N° 1 y con fecha 30 de noviembre del 2011 nos conceden la apelación con efecto suspensivo ordenándose que se eleven los autos a la Sala Civil que corresponda, confirmando en segunda instancia la resolución impugnada. Es por ello que el 25 de abril del 2013 nos vemos en la necesidad de interponer **Recurso de agravio Constitucional** ante la sexta sala civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, en tanto que con fecha 26 de abril del 2013 nos conceden el Recurso de Agravio Constitucional en consecuencia se ordena que se eleven los autos al Tribunal Constitucional. Por tanto el estado de este proceso al igual que el anterior es: **AGRAVIO CONSTITUCIONAL**.

Ciertamente, el estado actual del INDEPA como unidad ejecutora no es de responsabilidad exclusiva del Ministerio de Cultura, sino también de la Presidencia del Consejo de Ministros, se exigió a la citada entidad mediante Carta del 26 de septiembre del 2011 que dé cumplimiento: a los artículos 2º, 3º y 4º de la Ley N° 28495, que crea el Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano- INDEPA, los cuales establecen que el INDEPA es un órgano público técnico especializado. Asimismo, se le exige revise y anule las normas dictadas por el sector que omitieron el derecho a la consulta previa, no obstante afectar directamente asuntos de incumbencia de los pueblos indígenas, incumpliendo dicha obligación internacional. Entre las medidas administrativas y legislativas que deben ser dejadas sin efecto por inobservar el derecho a la consulta previa se encuentran aquellas encaminadas a desconocer la naturaleza, atribuciones y competencias del INDEPA, como es el caso del Decreto Supremo N° 001-2010-MC, que dispone la fusión por absorción del INDEPA al Ministerio de Cultura.

Aquí queremos recordar que lo que se está exigiendo es el cumplimiento del numeral 1 del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, y este es un mandato imperativo, con rango constitucional y que a la vez implica una obligación internacional que debe ser respetada por nuestro país, establece que “los gobiernos deberán: “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”, en este caso, si se pretendía modificar una norma que regula al INDEPA, que era el órgano público dedicado a velar por los intereses de los pueblos indígenas, no podía de ninguna manera hacerse sin permitir que los pueblos indígenas ejerzan su derecho a la consulta previa, máxime si la modificación implica casi su desaparición, su pérdida de autonomía y de subjetividad jurídica, tales cambios radicales necesariamente implicaban una consulta previa.

Ciertamente, el argumento más fuerte de que esto sea así, es sin duda, el hecho de que las normas que modifican el estatus de INDEPA (D.S. Nº 034-2008-PCM, Decreto Supremo Nº 001-2010-MC, etc.), al no haber sido consultadas, son inconstitucionales y nulas. Aquí, resulta útil recordar lo que el TC señaló en una famosa acción de cumplimiento del derecho a la consulta previa: *“A mayor abundamiento, este Tribunal debe recordar que ha sido el propio Poder Ejecutivo a través del Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros, en su escrito de contestación de fecha 19 de octubre de 2009 ingresado en el expediente Nº 0022-2009-PI/TC, quien ha reconocido la “necesidad” de desarrollar normativamente el derecho de consulta recogido en el Convenio Nº 169 de la OIT a efectos de poder invocar o exigir judicialmente su cumplimiento. Así, (...) el Procurador sostuvo que éste no podía ser objeto de consulta a los pueblos indígenas, puesto que no se había establecido por ley “cuáles son los pueblos indígenas en nuestro país, qué temas han de ser consultados y bajo que procedimiento se producirá la consulta”. Si bien este Colegiado respondió a dicho argumento sosteniendo que la falta de regulación normativa no era excusa para no aplicar el Convenio y que cabía en todo caso al juez determinar, de cara a las circunstancias del caso concreto, los contenidos del derecho a la consulta (STC 0022-2009-PI/TC, FF.JJ. 11-13); resulta obvio para este Tribunal, de acuerdo a una interpretación de buena fe de los compromisos asumidos por el Estado a nivel internacional, que el propio Poder Ejecutivo asume como inexcusable el deber de regular el derecho a la consulta para dar cumplimiento a lo dispuesto en el Convenio. En este contexto, no podría argüirse, sin renunciar a la más elemental racionalidad y coherencia, que el Estado no se encuentra obligado a realizar la consulta por carecer de ley de desarrollo para ello y que, sin embargo, no pesa sobre él la más imperiosa y urgente necesidad de llevar a cabo dicho desarrollo normativo.”* (f, 40 de STC Nº 05427-2009-PC/TC).

Es innegable que la Presidencia del Consejo de Ministros, conocía a la perfección cuando emitió o refrendó Decretos Supremos que modifican el status y funciones de INDEPA, que estos al afectar los intereses de los pueblos indígenas debían ser objeto de consulta previa, en cumplimiento del numeral 1 del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, y ya el propio Tribunal Constitucional les había llamado la atención por haber omitido dicha obligación, e incluso en la sentencia antes citada había ordenado al Ministerio de Energía y Minas a adecuar su normatividad al derecho de consulta previa conforme lo dispuesto por el Convenio 169 de la OIT. Y si quedaban dudas sobre la exigibilidad del derecho a la consulta previa, estas han sido absolutamente despejadas por el propio TC, cuando ha dicho que: ***“respecto a la exigibilidad del derecho a la consulta se encuentra vinculada a la entrada en vigencia en nuestro***

ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT, esto es, el 2 de febrero de 1995. Tal regla no ha sido desconocida por nuestra jurisprudencia. No podría haberlo hecho pues la responsabilidad derivada de las obligaciones internacionales contraídas tras la ratificación de un tratado internacional se determinan a partir de las reglas del Derecho Internacional Público, que se integran a los actos normativos que se dicten y a las decisiones de los tribunales internos.”¹⁴⁷

Si ello es así toda norma que afecte instituciones de interés de los pueblos indígenas que se apruebe sin contar con la consulta previa, es inconstitucional y nula, como sería el caso de todas las disposiciones que modifican el estatus del INDEPA. Lamentablemente debemos decirlo el TC considero que en este caso no había necesidad de realizar una Consulta Previa, y que el Poder Ejecutivo tenía la facultad de reorganizarse, y que en todo caso esta era una materia ajena a la Acción de Cumplimiento, infiriéndose que podía haberse seguido el camino de la Acción Popular, nosotros no nos rendimos y hemos acudido al Poder Judicial mediante dicha acción a fin de que verifique la legalidad de la fusión del INDEPA con MINCU.

2.6. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ EN EL SECTOR DE ENERGÍA Y MINAS EN EL PERIODO DE 1995 AL 2011

2.6.1. EL DERECHO DE CONSULTA PREVIA

“El Derecho a la consulta es una herramienta mediante la cual el Estado cumple con su obligación, no solo de reconocer, sino de proteger el derecho a la identidad cultural de los miembros de las comunidades indígenas, campesinas y nativas, cuando son procesados ante la justicia ordinaria (tal como lo exige el artículo 2 inciso 19 de la Constitución). Este Derecho ha sido desarrollado tanto por la jurisprudencia del TC como por la jurisprudencia de la Corte IDH.”¹⁴⁸ El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, es el derecho que tienen a que el gobierno les consulte antes de tomar una decisión que les pueda afectar directamente. A decisión que deberá ser consultada puede ser de dos clases: administrativa o legislativa. Por ejemplo, será una decisión administrativa, el otorgamiento de una concesión minera o petrolera. Una decisión legislativa puede ser una ley, un decreto supremo, una ordenanza regional o municipal.¹⁴⁹

“El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas tiene cobertura constitucional directa a través de las normas referidas al sistema electoral, concretamente en los artículos 176, 178 y 182 de la Constitución. Asimismo tiene cobertura constitucional indirecta, a través de las normas que reconocen el sistema a la participación, consagrado en los artículos 2.17 y 31 de la Constitución y el derecho a la identidad cultural, reconocidos en el artículo 2.19 de la Constitución”,¹⁵⁰ así también el derecho a la consulta previa “tiene cobertura constitucional indirecta en instrumentos internacionales de derechos humanos, firmados y ratificados por el Estado peruano, entre los que se encuentra el Convenio de 169 de la OIT.”¹⁵¹

¹⁴⁷ Fundamento 7 de la STC N° 00024-2009-PI

¹⁴⁸ RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos y ROEL ALVA, Luis Andrés. “Manual de herramientas legales para operadores del sistema de justicia para defender los derechos de los pueblos indígenas”. 1ra. Edición. Editorial del Instituto de Defensa Legal. Lima – Perú, 2011. p. 188.

¹⁴⁹ RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos, ROEL ALVA, Luis Andrés y LA ROSA CALLE, Javier. “En defensa de los derechos de los pueblos indígenas. Manual para líderes comunales. Preguntas y respuestas. 1ra. Edición. Editorial del Instituto de Defensa Legal. Lima – Perú, 2011. p. 24.

¹⁵⁰ RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos y ROEL ALVA, Luis Andrés. “Manual de herramientas legales para operadores del sistema de justicia para defender los derechos de los pueblos indígenas”. 1ra. Edición. Editorial del Instituto de Defensa Legal. Lima – Perú, 2011. p. 187

¹⁵¹ Idem

La Comisión de expertos de la OIT que se encarga de supervisar la aplicación de los Convenios ratificados y está conformada por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) y la Comisión de Aplicación de Normas (CAN) de la Conferencia Internacional de Trabajo, ha hecho referencia en su observación de junio de 2009 que "... la situación actual del país surge en relación con la promulgación de decretos legislativos relativos a la explotación de recursos naturales en territorios tradicionalmente ocupados por pueblos indígenas..."¹⁵² ... por lo que sugirió "...al Gobierno a que establezca inmediatamente un dialogo con las instituciones representativas de los pueblos indígenas en un clima de confianza y respeto mutuo."¹⁵³ Tomando en consideración, la mención del Dr. Carlos Dussan, profesor de la Universidad del Rosario en Colombia, refiere que la consulta previa es el derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas y demás comunidades étnicas de poder decidir sobre las medidas judiciales o administrativas, o cuando se vayan a realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios, buscando de esta manera proteger su identidad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación.¹⁵⁴

La Consulta Previa, tiene una doble naturaleza, es decir como Derecho y como Principio, por tanto para Gloria Ramos, ésta es la piedra angular del Convenio N° 169 de la OIT, ya que el ejercicio de la Consulta, permitirá la protección de los demás derechos colectivos de los Pueblos Indígenas. Ella refiero, doble naturaleza, porque por un lado sea un derecho independiente, con un contenido sustantivo propio, basado en la dignidad de los pueblos y, de otro lado, la viabilización de otros derechos contenido en el Convenio N° 169 de la OIT, en base a la igualdad y su propia capacidad.¹⁵⁵ Por su parte, Irene Ramos¹⁵⁶ indica las características del derecho a la consulta previa, basándose principalmente en la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del Pueblo de Saramaka y Surinam de 2007, para que se haga efectivo el derecho. A continuación presentamos dichas características:

- Libre: Sin ninguna clase de presión o influencia.
- Informada: Es necesario tener información.
- Previa: Esto quiere decir que se debe realizar antes de tomar la decisión y realizar la acción.
- Finalidad de lograr el acuerdo o consentimiento: De los pueblos indígenas.
- Oportunidad de diálogo: Entre los representantes de los poderes estatales y los pueblos indígenas.
- Buena fe de ambas partes: Buscando la participación de los pueblos indígenas sobre la base de los principios de confianza respeto mutuo entre ambos y con miras a obtener un acuerdo consensuado.

¹⁵² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO (OIT). "Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los Convenios de la OIT: Una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010". 1ra. Edición. Editorial de la Oficina Internacional de Trabajo. Ginebra, 2010. p. 113.

¹⁵³ Idem.

¹⁵⁴ PARRA DUSSAN, Carlos. "Comunidades étnicas en Colombia". 1ra Edición. Centro Editorial de la Universidad el Rosario. Colombia, 2005. p. 115. En: VILLENA DELGADO, Doménica Villena. "Derecho a la Consulta Previa como Mecanismo de Protección de los territorios Indígenas". Manuscrito, 2011.

¹⁵⁵ RAMOS PRUDENCIO, Gloria. "Informe Consulta Previa-Derecho Fundamental de los Pueblos Indígenas e Instrumento de Gestión Estatal para el Fortalecimiento de la Democracia. 1ra Edición. Editorial de Derecho, Ambiente y Recurso Naturales-DAR y del Centro Amazónico de ANTROPOLOGÍA Y Aplicación Práctica-CAAAP. Lima-Perú, 2011, p.72.

¹⁵⁶ RAMOS URRUTIA, Irene. Entendiendo REDD a través del derecho de la poblaciones indígenas. 1ra Edición. DAR Editorial. Lima-Perú, 2010, p. 106. En: VILLENA DELGADO, Doménica Villena. "Derecho a la Consulta Previa como Mecanismo de Protección de los territorios Indígenas". Manuscrito, 2011.

2.6.2. LA ADECUACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN EL SECTOR DE ENERGÍA Y MINAS EN EL PERIODO DE 1995 AL 2011

Si hemos manifestado que el Convenio N° 169 de la OIT, fue aprobado por el Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa N° 26253, de fecha 2 de diciembre de 1993, y entro en vigencia el 02 de febrero de 1995. El citado Instrumento internacional consagra el derecho a la consulta previa, en el numeral 1 del artículo 6° del citado Convenio establece que los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; y, establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para dicho fin.

Asimismo, el numeral 2 del artículo 6° del referido Convenio señala que las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Lo que debe ser concordado con el numeral 2 del artículo 15 del Convenio N° 169 que señala que el Estado que tenga la propiedad de los recursos del subsuelo o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida. En ese sentido, toda concesión para la exploración o explotación de recursos naturales en territorios ancestralmente ocupado por poblaciones indígenas requiere que se realice un proceso de consulta previa con miras alcanzar llegar a un acuerdo y consenso con las mismas, y resguardar el derecho a la identidad étnica y cultural.

Lamentablemente, el Ministerio de Energía y Minas (MINEM) se ha negado sistemáticamente a dar cumplimiento al derecho a la consulta previa, y esta es la razón por la que la Asociación Interétnica de la Selva Peruana (AIDESEP) demanda en el año 2007, al MINEM, a fin que adecue sus normas, reglamentos y directivas al mencionado convenio. Producto de dicho proceso constitucional se expide la Sentencia N° 05427-2009-PC/TC del Tribunal Constitucional, de fecha 30 de junio de 2010, que ordenó al MINEM que, dentro del marco de sus competencias, emita un reglamento especial que desarrolle el derecho a la Consulta de los pueblos indígenas, respecto de las actividades mineras y energéticas, de conformidad con los principios y reglas establecidos en los numerales 1, 2 del artículo 6 y el numeral 2 del artículo 15 del Convenio N° 169 de la OIT.

En cumplimiento de la STC N° 05427-2009-PC/TC y de la Resolución N° 15 de fecha 16 de noviembre de 2010, emitida por el Juzgado Especializado en Ejecución de Sentencias Supranacionales; y con los plazos vencidos para que dé cumplimiento a la misma, se aprueba el Decreto Supremo N° 023-2011-EM, Reglamento del Procedimiento para la aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas, que extrañamente no se pronuncia sobre las concesiones del sector minero energético otorgadas cuando el Convenio

169 de la OIT estaba vigente, esto es del 02 de febrero de 1995 a mayo del 2011, y que requerían ahora adecuarse al mismo al haberse reconocido el derecho a la consulta previa de las poblaciones indígenas como vigente desde hace más de diecisiete (17) años.

En ese orden de ideas, el artículo 1º del **Decreto Supremo N° 033-2011-EM**, cuya sumilla claramente establece la “Adecuación de petitorios mineros en trámite a lo establecido por el Decreto Supremo N° 023-2011-EM”, precisa “que los petitorios mineros en trámite en el departamento de Puno deben adecuarse a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 023-2011-EM que aprueba el “Reglamento del Procedimiento para la aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas” de conformidad con los principios y reglas establecidos en los numerales 1 y 2 del artículo 6 y el numeral 2 del artículo 15 del Convenio N° 169 de la OIT.” Adviértase que el Decreto Supremo N° 033-2011-EM, tiene por objeto iniciar un proceso de adecuación a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas en la Región de Puno, y para que no quede duda, se puede leer en su artículo 2.1, lo siguiente: “El MEM o el Gobierno Regional de ser el caso, deberá efectuar el proceso de consulta a los pueblos indígenas ubicados en las zonas de influencia **en las que ya se hubieran otorgado concesiones mineras y que se encuentren vigentes en el departamento de Puno**, de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 023-2011-EM y el Convenio 169 de la OIT.”

También tenemos al **Decreto Supremo N° 034-2011-EM**, el cual señala en su artículo 1º “que los procesos, procedimientos, títulos de concesiones mineras y el otorgamiento de derechos de exploración y/o explotación de hidrocarburos existentes en el departamento de Puno no autorizan por sí mismos a realizar actividades mineras o petroleras de exploración ni explotación, ya que previamente debe efectuarse el proceso de consulta a los Pueblos Indígenas susceptibles de ser afectados, en el marco del Convenio N° 169 de la OIT y la Ley N° 24656 - Ley de Comunidades Campesinas, según lo determine el Ministerio de Cultura.” Así queda claro, que si ya el Ministerio de Energía y Minas (MINEM) ha aceptado que las concesiones del sector minero energético deben adecuarse a lo dispuesto por el Convenio 169 de la OIT, específicamente en el ámbito del derecho a la Consulta Previa, en la Región Puno, esta misma razón, debe imperar para el resto del país, a fin de evitar futuros conflictos socio ambientales, y penosos sucesos, que no queremos que se repitan, y ello será posible si el MINEM programa una ordenada y planificada adecuación al derecho de la consulta previa en todo el territorio nacional, para las concesiones otorgadas y en trámite, como lo ha hecho en la Región de Puno. No hacerlo, no sólo sería desconocer el mandato imperativo y vinculante del Convenio 169 de la OIT, su rango constitucional, sino además sería vulneratorio del derecho a la igualdad y respeto a la identidad étnica y cultural que asiste al resto de poblaciones indígenas del país, consagrado en los numerales 2 y 19 del artículo 2º de la Constitución Política del Perú.

Recordemos que en el famoso caso de Napo Tigre (STC N° 06316-2008-PA/TC), el TC señaló que “resulta entonces impostergable que el Ministerio de Energía y Minas convoque a las empresas involucradas a efectos de implementar, en el marco de la legislación vigente y de la STC 0022-2009-PI/TC, mecanismos adecuados y eficaces de consulta, que permitan que las comunidades expresen sus preocupaciones y sean debidamente informadas sobre el avance de los procesos de explotación de los recursos, así como sobre el impacto que estos procesos generan en su vida.”¹⁵⁷ En ese sentido, la adecuación de las concesiones existentes, es un hecho que ha sido promovido

¹⁵⁷ Fundamento 30 de la STC EXP. N.º 06316-2008-PA/TC

por el propio TC, sin que ello entrañe una pérdida de los derechos administrativos otorgados, sino su armonización con el cumplimiento de compromisos internacionales derivados del Convenio 169 de la OIT frente a los cuales no se puede alegar Derecho Interno.

Bien señala, el TC que “el progreso y desarrollo que se debe alentar con este tipo de actividades - del sector de energía y minas- no pueden ser el producto de la imposición y menos de las presiones del poder que pueden ejercer las corporaciones económicas en las distintas esferas de la organización estatal o, llegado el caso, comunal. Ningún precio ni utilidad puede compensar la alteración de la armonía y la paz en las comunidades, por lo que el derecho a la consulta es el instrumento sine qua non para preservar el derecho de las comunidades; sólo así el progreso y el desarrollo serán compatibles con los mandatos constitucionales.”¹⁵⁸ Así, el TC: “considera que el derecho de consulta es un derecho habilitante para la garantía de los demás derechos que se reconoce a las comunidades, porque les permite espacios para el diálogo y la inclusión en los proyectos que tendrán directa implicancia en el territorio donde se asientan. El referido Convenio 169 de la OIT precisa una serie de derechos y obligaciones por parte de los Estados firmantes del Convenio, a efectos de dar la mayor cobertura posible al derecho de consulta como mecanismo de participación de las comunidades en los beneficios que genere la inversión privada en sus territorios, en procura de su propio desarrollo y pleno respeto a su identidad étnica.”¹⁵⁹

Visto ello, IDLADS requiere el 01 de julio del 2011 al Ministerio de Energía y Minas, que dé cumplimiento a los numerales 1 y 2 del artículo 6º, así como el numeral 2 del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, en todo el territorio nacional, no sólo en la Región de Puno (Decretos Supremos Nros. 033-2011-EM y 034-2011-EM), y en ese sentido ordene que todas las concesiones mineras, hidrocarburíferas y eléctricas otorgadas sin respetar el Derecho de Consulta Previa de los Pueblos Indígenas después de ratificado el Convenio 169 de la OIT, ingresen a un proceso de adecuación para que subsanen ese vicio sustantivo y, a fin de dar cumplimiento al mencionado instrumento internacional.

Lamentablemente con fecha **12 de julio del 2011**, mediante Oficio N° 1273-2011-MEM/SEG, la Secretaria General del Ministerio de Energía y Minas, responde el requerimiento mediante Informe N° 183-2011-MEM/OGAJ, suscrito por el Director General de la Oficina General de Asesoría Jurídica, en el que manifiesta lo siguiente:

- “1. Con fecha 12 de mayo de 2011 se publicó en el Diario Oficial El Peruano, el Decreto Supremo N° 023-2011, Reglamento del Procedimiento para la aplicación del Derecho a la Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas.*
- 2. La Constitución Política del Perú señala en su artículo 103 que la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando lo favorece al reo.*
- 3. La Primera Disposición Transitoria del referido reglamento señala que los procedimientos administrativos iniciados antes de la vigencia de dicha norma se registrarán*

¹⁵⁸ Fundamento 16 de la STC EXP. N.º 06316-2008-PA/TC

¹⁵⁹ Fundamento 18 de la STC EXP. N.º 06316-2008-PA/TC

por las normas de participación ciudadana vigentes en dicha oportunidad. En ese sentido, el procedimiento de aplicación del derecho de consulta para las referidas actividades es aplicable a los procedimientos administrativos iniciados con posterioridad a la entrada en vigencia del referido reglamento. Cabe señalar que la finalidad de dicha disposición es brindar seguridad jurídica a los derechos adquiridos existentes con anterioridad a la entrada en vigencia del referido reglamento.

- 4. En ese sentido, el Decreto Supremo N° 023-2011-EM no tiene aplicación retroactiva a los derechos otorgados ni abarca los procedimientos administrativos en trámite, iniciados con anterioridad a la entrada en vigencia del referido decreto supremo.”*

Resulta manifiestamente claro que el Ministerio de Energía y Minas, está negándose a dar cumplimiento, vía adecuación, al Convenio 169 de la OIT, en el periodo del 02 de febrero del 1995 al 12 de mayo de 2011, desconociendo que este Tratado fue ratificado en 1993, y que era vinculante y obligatorio desde entonces hace más de diecisiete (17) años. Recordemos además que ya el TC ha señalado que los “tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional.”¹⁶⁰ De tal manera, habiéndose aprobado el Convenio N.º 169 mediante Resolución Legislativa N.º 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993, su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional, un año después de su ratificación y deposito del instrumento internacional, esto es a partir del 02 de febrero de 1995, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales, al ser un tratado auto aplicativo. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes.¹⁶¹

Adicionalmente, el Ministerio de Energía y Minas, al intentar aplicar la Primera Disposición Transitoria del Decreto Supremo N° 023-2011-EM, como excusa para negarse aplicar los artículos 6 y 15 del Convenio 169 de la OIT, no solamente está actuando de manera inconstitucional sino está contraviniendo los más elementales principios del derecho internacional como son el referido a la vigencia y observancia de los tratados luego de ratificados, y a la imposibilidad de alegar derecho interno para incumplir obligaciones internacionales del Estado, contenidos en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), específicamente en la parte 2, sección tercera numeral 24, y parte 3, sección primera, numeral 27, respectivamente. Lo propio debemos decir de la Segunda Disposición Complementaria de la Ley de Consulta Previa a los pueblos indígenas u originarios, Ley N° 29785, que tiene por objeto proteger las medidas legislativas y administrativas aprobadas o adoptadas desde el 02 de febrero de 1995 al 2011, que omitieron el derecho a la Consulta Previa, a pesar de estar vigente el Convenio 169 de la OIT, y convertirlos en irrevisable, todo ello en perjuicio de los pueblos indígenas afectados, la cual resulta abiertamente inconstitucional y debe ser inaplicada de oficio. La misma suerte debe correr el artículo 2º del Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC, que señala: “*el presente Decreto Supremo entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano,*

¹⁶⁰ Fundamento 33 de la STC N.º 0025-2005-PI/TC

¹⁶¹ Fundamento 31 de la STC N.º 03343-2007-PA/TC

aplicándose a las medidas administrativas o legislativas que se aprueben a partir de dicha fecha, sin perjuicio de lo establecido en la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29785. Respecto a los actos administrativos, las reglas procedimentales previstas en la presente norma se aplican a las solicitudes que se presenten con posterioridad a su publicación.” En breve, es evidente la inconstitucionalidad de esta norma reglamentaria ya que desconoce la vigencia del Convenio 169 de la OIT desde el 05 de febrero de 1995 al 7 de diciembre del 2011, lo que resulta inconstitucional pues debió establecer un proceso de adecuación a todas las disposiciones legislativas y administrativas que afectan a los pueblos indígenas que no fueron objeto de consulta previa en el citado periodo, y no hacer la de “borrón y cuenta nueva” como si el derecho indígena antes citado naciera con la Ley y el Reglamento de la Consulta Previa, desconociendo abiertamente las reglas del Derecho Internacional Público.

Nótese que para la Región de Puno el MINEM actúa de una manera completamente distinta pues en esa región, es la única, donde sí se está dando la adecuación al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, y siendo aplicado el Convenio 169 de la OIT, y el propio D.S. 023-2011-EM, conforme consta en los Decretos Supremos Nros. 033-2011-EM y 034-2011-EM para los pueblos indígenas de Puno, por lo que el negarse a ordenar la adecuación del derecho a la consulta previa al resto de poblaciones indígenas del país resulta un acto no sólo inconstitucional sino manifiestamente discriminatorio, y vulneratorio del derecho a la igualdad y la identidad étnica y cultural que le asisten al resto de pueblos indígenas del Perú afectados por concesiones de dicho sector.

Analizado ello, no quedaba más que interponer una demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Energía y Minas, signado con el **Expediente N° 13849-2011-O-1801-JR-CI-01**, sin embargo, con fecha 29 de febrero del 2012, el Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, emite la **Resolución N° 1**, que declara improcedente la demanda, sin atender la capacidad vinculante del Convenio 169 de la OIT, y que se encuentra vigente en el país, desde el 02 de febrero de 1995, y el mismo consagra el derecho a la consulta previa para las concesiones que afecten territorios indígenas, derecho indígena que no se ha respetado en los últimos 17 años, y que debe ser regularizada dicha situación, mediante un proceso de adecuación que dé cumplimiento al citado derecho. Esta resolución es inmediatamente apelada por el Instituto IDLADS PERÚ, subiendo en su oportunidad a la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima. Posteriormente, con fecha la **09 de abril del 2012**, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima emite la **Resolución N° 04** que confirma la resolución número uno del Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, que declara improcedente el proceso constitucional de cumplimiento interpuesto por el Instituto IDLADS PERÚ, cometiendo un error grave de interpretación al considerar que el derecho de consulta no es lo suficientemente claro para ser exigible, y que hay controversia sobre este derecho y su efectivización, en sus palabras: “**SEXTO:** (...) la pretensión que se ordene que todas las concesiones mineras, hidrocarburíferas y eléctricas otorgadas sin respetar el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas después de ratificado el Convenio 169 de la OIT, a nivel nacional, ingresen a un proceso de adecuación; no goza de las características mínimas previstas para su exigibilidad en este proceso constitucional, (...), puesto que, estando el precitado Informe N° 183-2011-MEM/OAJ del 11 de julio del 2011, dicha pretensión deviene en controvertida, no obrando un mandato expreso como el dispuesto mediante Decreto Supremo N° 034-2011-EM, para el departamento de Puno; por tanto, la demanda interpuesta deviene en improcedente.” La resolución impugnada y reseñada pierde de vista que el mandato de realizar la consulta previa a los pueblos indígenas en los casos de

concesiones deriva de manera expresa del Convenio 169 de la OIT, que tiene rango constitucional, y que está por encima de normas derecho interno, como leyes o decretos supremos, y frente a un posible conflicto con estas normas de inferior jerarquía debe preferirse las normas constitucionales, esto es el Convenio 169 de la OIT. Es por ello que el Instituto IDLADS con fecha 20 de abril del 2012 interpone **Recurso de Agravio Constitucional** ante la 1era Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que mediante resolución numero 5 nos conceden el recurso de agravio constitucional ordenándose elevar los autos ante el Tribunal Constitucional, por tanto actualmente el estado del proceso es: **Agravio Constitucional en proceso.**

La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, en la resolución que nos agravia, asume que la pretensión deviene en controvertida, basado en el Informe N° 183-2011-MEM/OAJ de la demandada, sin hacer un análisis propio de orden constitucional, para determinar si las aseveraciones vertidas en el mismo, no sólo se ajustan a Derecho sino si no contravienen la Constitución. Lo cierto, es que los numerales 1 y 2 del artículo 6º, así como el numeral 2 del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, contienen un mandato expreso, cierto y exigible que consiste en que se respete y se dé cumplimiento al derecho a la consulta previa de las poblaciones indígenas en todo el territorio nacional, desde que está vigente, esto es el 02 de febrero de 1995, y que implica intrínsecamente que en caso no haberse respetado, se restituya dicho derecho a través de un proceso de adecuación como el que se realizó en la Región de Puno mediante los Decretos Supremos Nros. 033-2011-EM y 034-2011-EM. Advirtamos que la pretensión de IDLADS PERÚ implica ordenar al Ministerio de Energía y Minas adecue todas las concesiones mineras, hidrocarburíferas y eléctricas otorgadas sin respetar el Derecho de Consulta Previa de los Pueblos Indígenas desde que se encuentra vigente el Convenio 169 de la OIT, ingresen a un proceso de adecuación para que subsanen ese vicio sustantivo y, a fin de dar cumplimiento al mencionado instrumento internacional, no se hace más que petitionar que una norma con rango constitucional que es clara, diáfana, vigente, incontrovertible, exigible, cierta y de ineludible cumplimiento, y habría que recordar que su falta de observancia es lo que justamente ha traído los más graves conflictos socio ambientales como el lamentable suceso de Bagua, y de 24 peruanos caídos, los conflictos sociales en minería de la Región de Puno del año 2011, en la Región de Cajamarca del año 2012 (Proyecto Conga), en la Región de Cusco (Proyecto Strata Tintaya), entre otros.

Es lamentable, que tanto la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima como el Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima no hallan advertido la tendencia jurisprudencial del TC sobre consulta previa, y la vigencia del Convenio 169 de la OIT, por lo que debemos recordar que el citado colegiado ha manifestado que “como todo derecho constitucional, el derecho a la consulta tiene un ámbito protegido. Este se encuentra constituido por una serie de posiciones iusfundamentales, entre las cuales el Tribunal Constitucional ha identificado: ¹⁶²

- (a) **el derecho colectivo a ser consultados ante medidas estatales que afecten directamente sus derechos e intereses grupales.** En particular, los que estén vinculados con su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo colectivo;
- (b) **el derecho a que la consulta se realice de manera previa y bajo la observancia de los principios de buena fe, flexibilidad, transparencia, respeto e interculturalidad; y**

¹⁶² Fundamento 37 de la STC N° 0022-2009-PI/TC; y Fundamento 5 de la STC N° 00024-2009-PI

- (c) el derecho a que se cumplan los acuerdos arribados en el proceso de consulta, encontrándose excluido de este programa normativo del derecho a la consulta lo que coloquialmente se ha venido en denominar “derecho al veto”.

El TC así nos recuerda el núcleo esencial del derecho a la consulta previa como derecho colectivo reconocido por la Constitución, ahora llama la atención que resalte como **criterios a tener en cuenta para efectuar la consulta previa, la existencia física de una población indígena, su identidad cultural, su calidad de vida o su desarrollo colectivo**, y extrañamente, evita mencionar de manera frontal la afectación directa al medio ambiente, vida, salud, o la propiedad comunal. Asimismo, estos criterios han sido recogidos por el artículo 2º de la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Ley Nº 29785, que señala que “es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente **sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo**. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos.”

El TC establece con lucidez que es posible distinguir cuando menos tres modos que medidas estatales (administrativas o legislativas) pueden menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente o provocar una alteración directa en los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas tales como:¹⁶³

- (a) **medidas dirigidas a regular aspectos que conciernen en forma exclusiva a los pueblos indígenas;**
- (b) **normas de alcance general que podrían implicar una afectación “indirecta” a los pueblos indígenas; y,**
- (c) **medidas específicas relacionadas con pueblos indígenas dentro de normas de alcance general.**¹⁶⁴

Determinaciones que corresponderán ser realizadas en los procesos constitucionales que la jurisdicción constitucional prevé, ya sea a través del control abstracto de inconstitucionalidad de una norma, o del control concreto del amparo que otorga la tutela reparadora en los supuestos de vulneración del derecho de consulta.¹⁶⁵ Asimismo, para nosotros, resulta sumamente saludable que el TC, “clarifique” el sentido de sus criterios interpretativos sobre la vigencia del Convenio 169 de la OIT, de la siguiente forma:¹⁶⁶

“Respecto a la exigibilidad del derecho a la consulta se encuentra vinculada a la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT, ésto es, el 2 de febrero de 1995. Tal regla no ha sido desconocida por nuestra jurisprudencia. No podría haberlo hecho pues la responsabilidad derivada de las

¹⁶³ Fundamento 6 de la STC Nº 00024-2009-PI

¹⁶⁴ Fundamento 21 de la STC Nº 0022-2009-PI/TC

¹⁶⁵ Fundamento 6 de la STC Nº 00024-2009-PI

¹⁶⁶ Fundamento 7 de la STC Nº 00024-2009-PI

obligaciones internacionales contraídas tras la ratificación de un tratado internacional se determinan a partir de las reglas del Derecho Internacional Público, que se integran a los actos normativos que se dicten y a las decisiones de los tribunales internos. En ese sentido, la RTC 6316-2008-PA/TC sólo se limitó a establecer que desde que se expidió la STC 0022-2009-PI/TC existen criterios jurisprudenciales para resolver casos que involucren al derecho a la consulta [STC 0025-2009-PI/TC, Fund. Jur. N° 24].”

Las consecuencias de reconocer esta verdad innegable son fundamentales para pacificar el país de conflictos socio ambientales, y promover el respeto de los derechos indígenas pues permitirán que las concesiones otorgadas desde el 2 de febrero de 1995 hasta el 2011, que no hayan sido consultada puedan serlas, ya sea por iniciativa del propio Estado, mediante un proceso de adecuación, es lo natural, o mediante los foros jurídicos establecidos por nuestro ordenamiento: los procesos constitucionales como una acción de cumplimiento como la descrita. En estricto, jurídicamente las concesiones otorgadas sin consulta previa son nulas, pues no cumplían con un requisito esencial para su celebración, y por contravenir el orden público, sin embargo una solución ponderada, nos lleva a un proceso de adecuación que esperemos sea iniciado por el propio Estado, y que es la pretensión ponderada que se plantea en la presente demanda de acción de cumplimiento del derecho a la consulta previa y el Convenio 169 de la OIT, en los términos expresados en nuestro petitorio.

Con relación al plazo para interposición de la demanda debemos recordar el numeral 5 del artículo 44º del Código Procesal Constitucional el cual señala que “el plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda. Si esto no hubiese sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento. (...)” Para el cómputo del plazo se observarán entre otras la siguiente regla: (...) **“si el agravio consiste en una omisión, el plazo no transcurrirá mientras ella subsista.”** Concordado ello con el artículo 74º del Código Procesal Constitucional el cual señala que “el procedimiento aplicable a este proceso será el mismo que el previsto por el presente Código para el proceso de amparo, en lo que sea aplicable.” En ese sentido, resulta procedente interponer una acción de cumplimiento que persiga el cumplimiento del derecho de consulta previa, vía adecuación, en razón a que el agravio consiste en una omisión de parte del Estado, que se ha resistido a dar cumplimiento a este derecho constitucional colectivo cuyo titular son las poblaciones indígenas, y el caso actualmente se encuentra en sede del TC.

2.7. SOMETIMIENTO A LA CONSULTA PREVIA DE LA RESOLUCIÓN MINISTERIAL NO 350-2012-MEM/DM

Ahora nos preguntamos, si el artículo 2º de la Ley de Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la OIT, señala que la consulta previa, “es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados en forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos. La consulta a la que hace referencia la presente ley es implementada de forma obligatoria sólo por el Estado.” Entonces ¿Por qué Resolución Ministerial

Nº 350-2012-MEM/DM que establece el momento exacto en que se realiza la consulta previa en el sector de energía y minas no fue objeto de consulta previa?

Para subsanar dicha deficiencia el IDLADS PERÚ mediante Carta del 03 de diciembre del 2012 exige al Ministerio de Energía y Minas dé cumplimiento a los numerales 1 y 2 del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, el artículo 2º de la Ley del derecho a la Consulta Previa a los pueblos indígenas u originarios, Ley Nº 29785, y someta la Resolución Ministerial Nº 350-2012-MEM/DM al procedimiento de consulta previa por afectar directamente derechos colectivos de las poblaciones indígenas afectadas por actividades del sector de energía y minas al determinar el momento en que pueden ejercer el derecho de la consulta previa, asunto que eran necesario consultar a las poblaciones titulares de dicho derecho. La cuestión se agrava cuando se repara que la disposición que se exige sea objeto de consulta previa no ha sido publicada en el diario Oficial El Peruano sino solamente registrada y comunicada al interior del Ministerio de Energía y Minas, desconociendo el derecho a la consulta previa de una medida legislativa que afecta directamente el mencionado derecho colectivo de las poblaciones indígenas.

Pese al citado requerimiento el Ministerio de Energía y Minas no da cumplimiento a los numerales 1 y 2 del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, el artículo 2º de la Ley del derecho a la Consulta Previa a los pueblos indígenas u originarios, Ley Nº 29785, y se niega a someter a consulta previa a la Resolución Ministerial No 350-2012-MEM/DM pues el asunto que desarrolla la misma (establecer el momento exacto en que se realiza la consulta previa en el sector de energía y minas) afecta directamente el ejercicio del derecho a la consulta previa que les incumbe, y adicionalmente porque se refiere a actividades de hidrocarburos, mineras, y hidroeléctricas la mayoría de las cuales se encuentran en territorios indígenas, y los impactaran de manera frontal y directa. En ese sentido, se ha interpuesto una acción de cumplimiento contra el MINEM a efectos de que subsane la omisión en la que ha incurrido. Sin embargo, con fecha 08 de Enero del 2013 el Décimo Juzgado Constitucional declara Improcedente la demanda con los siguientes argumentos:

- **Considerando quinto.-** Que se advierte que no existe un mandato legal o "mandamus" que de manera cierta, expresa e incondicional establezca las pretensiones del actor y que sea exigible a través del presente proceso constitucional.
- **Considerando sexto.-** Y que siendo el proceso contencioso-administrativo tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo, por cuanto se verifica la existencia de una vía procedimental específica, el mismo que además cuenta con etapa probatoria, que resulta igualmente satisfactoria para la protección de los derechos del recurrente; máxime si el proceso constitucional de cumplimiento tiene por objeto: controlar la "inactividad material de la administración" y proteger a los administrados que resultan perjudicados por la inacción de los órganos de la Administración Pública.

Y con fecha 14 de febrero del 2013 el Instituto IDLADS interpone recurso de apelación contra la resolución número uno que declara Improcedente la demanda, contradiciéndola en los siguientes extremos:

- En el considerando quinto, de la resolución apelada se señala que "se advierte que no existe un mandato legal o "mandamus" que de manera cierta expresa e incondicional

establezca las pretensiones del actor y que sea exigible a través del presente proceso constitucional. La resolución no toma en cuenta que los numerales 1 y 2 del artículo 6 y numeral 2 del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, así como el artículo 2 de la Ley N° 29785; expresan de manera categórica un mandato legal cierto, expreso e incondicional que implica que toda medida administrativa o legislativa que afecte directamente a poblaciones indígenas debe ser materia de consulta previa, y es evidente que la Resolución Ministerial N° 350-2012-MEM/DM, al establecer el momento exacto en que se realiza la consulta previa en el sector Energía y Minas que afectan directamente el ejercicio de la Consulta Previa que les incumbe y por lo tanto, esta resolución era una medida que intrínsecamente conllevaba la realización de un Proceso de Consulta Previa.

- En el considerando sexto, se señala de manera errónea que "siendo el proceso contencioso-administrativo tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo, por cuanto se verifica la existencia de una vía procedimental específica, el mismo que además cuenta con etapa probatoria, que resulta igualmente satisfactoria para la protección de los derechos del recurrente; máxime si el proceso constitucional de cumplimiento tiene por objeto: controlar la "inactividad material de la administración" y proteger a los administrados que resultan perjudicados por la inacción de los órganos de la Administración Pública". Este considerando resulta abiertamente contradictorio y falto de lógica jurídica puesto que asume primero que le es aplicable a la acción de cumplimiento el Principio de Residualidad así como el agotamiento de las vías previas, ya que la acción de cumplimiento de una norma legal de conformidad con el artículo 68° del Código Procesal Constitucional. En otras palabras, lo que se está pidiendo es que el Ministerio de Energía y Minas implemente el Derecho a la Consulta Previa en la Resolución Ministerial N° 350-2012-MEM/DM. Y con fecha 20 de mayo del 2013 nos conceden la **APELACIÓN** con efecto suspensivo, es decir el estado actual del presente proceso es en Segunda Instancia.

2.8. PROTEGIENDO A LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO Y CONTACTO INICIAL

El concepto de "aislamiento" dice Vincent Brackelaire es cada vez más relativo ya que la sociedad moderna esta hoy tan cerca que amenaza su supervivencia. La problemática de 1) la protección de los pueblos aislados y sin contacto y 2) la del acompañamiento de los pueblos en situación de contacto inicial son íntimamente relacionadas. Aquellos pueblos aislados que no llegan a ser correctamente protegidos por los Estados debido a la falta de políticas y programas de protección eficientes, llegan un día a no poder esconderse más y acaban, de diferentes maneras, contactando la sociedad moderna, encontrándose entonces en el dramático momento de "contacto inicial". Brackelaire agrega que en cada país donde existen pueblos aislados, existe también la situación del "contacto inicial", con la necesidad de una protección especial, como son los casos de los Akuntsu y de los Zoé en Brasil, de los Nanti en Perú o de los Yuqui y Araona en Bolivia, entre muchos otros que viven situaciones de emergencia.

Dice bien Mikel Berraondo López cuando señala que "los pueblos en aislamiento, pueblos ocultos o pueblos libres, hasta la fecha mantienen un lucha, a veces contra el reloj, por mantener sus formas de vida, conservar sus territorios, y no sucumbir ante el avance inexorable de la

colonización y la economía de mercado. Advierte que para estos pueblos el aislamiento no ha sido una opción voluntaria sino una estrategia de supervivencia”¹⁶⁷ y ello es una cruda verdad en toda la región sudamericana, especialmente en el Perú desde la era del Caucho a inicios del siglo XIX hasta la actualidad, como más adelante constataremos con el caso de la Reserva Territorial Indígena Kugapakori, Nahua, Nanti, y otros. En ese contexto, resulta alentador, que en países como Colombia la Corte Constitucional se haya pronunciado reconociendo la existencia de un número de 34 pueblos que se encuentran en peligro de extinción, y que reclaman urgente protección del Estado.¹⁶⁸

Advirtamos que la protección del territorio de los pueblos indígenas es clave para proteger su derecho a la identidad étnica y cultural, y demás derechos afines, en el caso de los pueblos en aislamiento voluntario la protección es todavía más determinante, y requiere una atención especial, ya que estos pueblos no saben vivir de otra forma y si se les arrebatara el territorio o si se les contamina su supervivencia física y cultural se pone en grave riesgo.¹⁶⁹ Así, la protección y garantía de los derechos territoriales de los pueblos indígenas en aislamiento se convierte en una cuestión estrechamente ligada con la supervivencia física y por tanto se le tiene que otorgar la máxima protección, estableciendo unos mecanismos de protección que condenen las entradas ilegales en sus territorios y la realización de cualquier acción que pueda suponer contacto no deseado con la población que vive en aislamiento. Por eso la invasión de sus territorios debe ser considerada como un acto relacionado con el delito de genocidio debido a las consecuencias que pueden generar, de ahí, que Ecuador haya sido el primer país en modificar su Código Penal para incluir el delito de etnocidio y genocidio contra pueblos en aislamiento, siendo los contactos forzados o la entrada ilegal en sus territorios actos constitutivos de estos delitos.¹⁷⁰

Nótese que existe una relación muy estrecha entre el derecho de autodeterminación – esto es, el respeto y protección de la decisión de vivir en aislamiento-, los derechos territoriales, y los derechos culturales que se tienen que garantizar para proteger la integridad cultural de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario.¹⁷¹ En el fondo, todo ello nos lleva a justificar la intangibilidad de sus territorios de manera absoluta, esto es otorgar a los pueblos indígenas en aislamiento, la máxima protección de sus tierras, y recursos naturales, con una doble finalidad, el mantener el medio ambiente de estos territorios y de evitar cualquier acción que pueda alterar o modificar las características de las tierras en que viven.¹⁷² Por otro lado, es lógico tener que hablar de tierras de amortiguamiento, haciendo el símil con los espacios protegidos, identificando las zonas que rodean las tierras de los pueblos indígenas en aislamiento, en las que se deben disponer medidas de protección para evitar contactos accidentales o intencionales, y regular las actividades económicas, investigación, culturales o religiosas que se desarrollan en las mismas teniendo en consideración la alta vulnerabilidad biológica y cultural de los pueblos en aislamiento.¹⁷³

Es irónico que todos los gobiernos con pueblos en aislamiento, hablen de protección de estos, de sus derechos humanos, y de sus culturas, pero al mismo tiempo mantienen y promueven políticas

¹⁶⁷ Berraondo López, Mikel. Pueblos indígenas en aislamiento y la protección de sus territorios en las Américas. En: TDA, DAR. Revista Latinoamericana de Derecho y Políticas Ambientales. Año 1 No 1. Palestra. Lima- Perú. 2011. p. 139-40

¹⁶⁸ Cfr, Ibídem. p.142

¹⁶⁹ Cfr, Ibídem. p.144

¹⁷⁰ Cfr, Ibídem. p.145

¹⁷¹ Cfr, Ibídem. p.148

¹⁷² Cfr, Ibídem. p.150

¹⁷³ Cfr, Ibídem. p.152

económicas, basadas en la explotación de recursos naturales en territorios indígenas de estos pueblos, contradiciendo su discurso de protección y reconocimiento de los derechos indígenas.¹⁷⁴ Vale la pena, recordar que actualmente nos encontramos con la mayoría de pueblos que viven en aislamiento se encuentran totalmente localizados gracias a los GPS satelitales y que viven absolutamente rodeados por las actividades extractivas, la construcción de infraestructura, la deforestación descontrolada y la expansión de la colonización. Por otra parte, sus casas se encuentran plenamente localizadas a través de fotos satelitales manejadas por gran diversidad de actores con intereses contrapuestos muchas veces, y no siempre socializada en búsqueda de una mayor protección a estos pueblos vulnerables. Advirtamos, que lamentablemente, ya no tienen otras tierras donde huir porque llevan tiempo viviendo ya en las cabeceras de los ríos o en las últimas regiones boscosas de lo que anteriormente eran sus territorios.¹⁷⁵

Ciertamente, la colonización y deforestación de los territorios de estos pueblos en aislamiento se ha convertido en una de las principales amenazas, los cuales se ven obligados a aceptar forzosamente la reducción drástica de sus territorios, al carecer de capacidad de reacción, y ver desaparecer espacios de caza y pesca, fundamentales para sus supervivencia, igualmente asisten a la contaminación de sus ríos y cochas, y en ese escenario dramático, son usuales el incremento de contactos no deseados que generalmente acaban en encuentros violentos que elevan la tensión social en las regiones que habitan estos pueblos, casos emblemáticos son el Proyecto Gasífero de Camisea y los Nahua en el Perú, o la deforestación ilegal de la Reserva de la Biosfera del Yasumi en Ecuador también se encuentra entre las causas principales de la agresiones y amenazas que sufren los grupos aislados.¹⁷⁶

Cuando nos referimos a los indígenas en aislamiento voluntario hablamos de su vulnerabilidad ante agentes patógenos para los cuales no tienen defensas inmunológicas, las cuales deberán desarrollar los pocos que sobrevivan al cuadro infeccioso adquirido, que de seguro los debilitará y limitará en sus actividades cotidianas, poniendo en serio riesgo la supervivencia individual, familiar y comunal. De la vulnerabilidad biológica podemos tratar sobre la virulencia del agente nocivo, la cantidad de inóculo, la capacidad de respuesta del hospedero y las condiciones sociales y ambientales que favorecen la presencia, multiplicación e inoculación del agente agresor. Pero, en el tema de los indígenas en aislamiento y en contacto inicial hay otras vulnerabilidades que coinciden para incrementar el riesgo en el que se hallan estos pueblos.¹⁷⁷

a) Vulnerabilidad biológica.-

Por no haber estado expuestos anteriormente a la serie de gérmenes, que para el común de la sociedad pueden no ser patógenos o demasiado virulentos, los indígenas en aislamiento aún no han desarrollado defensas contra ellos y estos gérmenes se convierten en armas letales cuando se suscita el contacto. Así, de lo sucedido con los nahuas en la década de los 80 a raíz de sus contacto con gente foránea durante los trabajos de exploración en la zona que actualmente se explota el gas de Camisea, lo referido a la salud se centra en la reducción de la población, se dice a la mitad,

¹⁷⁴ Cfr, Ibídem. p.154

¹⁷⁵ Cfr, Ibídem. p.155

¹⁷⁶ Cfr, Ibídem. p.156

¹⁷⁷ Cueva Maza, Neptali, Médico Cirujano de la Dirección Regional de Salud del Cusco. La vulnerabilidad de los indígenas en aislamiento. En: DAR. Hacia una reglamentación de la Ley No 28736 Régimen Especial Transectorial de Protección a favor de los pueblos en aislamiento voluntario. DAR. Lima- Perú. 2007. p. 67

debido a las múltiples muertes ocasionadas por la transmisión en cadena de infecciones respiratorias, principalmente, diarreas y otras.¹⁷⁸

b) Vulnerabilidad cultural, social, política y económica.-

Los indígenas en aislamiento voluntario están en clara desventaja social pues son invisibilidades al no haberse integrado a la sociedad general, lo que explica que sus posibilidades de incidir en políticas públicas sean nulas, y que su situación económica de abandonar las formas tradicionales de subsistencia serían críticas. Por otra parte, el choque de nuestra cultura occidental con la nativa propia de estos grupos de indígenas puede ser perjudicial para el desarrollo de su identidad étnica y cultural

Es justamente esta alta vulnerabilidad biológica y cultural lo que justifica la intangibilidad absoluta de sus territorios, los que lamentablemente en el Perú poseen un intangibilidad relativa, esto es son intangibles pero no es tan intocable,¹⁷⁹ si se descubre un recurso natural de interés nacional, toda una paradoja, que se vio acentuada por el discurso del “síndrome del perro del hortelano” en el cual el ex presidente Alan García toma partido por las inversiones y de la explotación minera y petrolera, cuando sostiene que contra el petróleo, se ha creado la figura del nativo selvático “no contactado”; es decir, desconocido pero presumible, por lo que millones de hectáreas no deben ser exploradas, y el petróleo peruana debe quedarse bajo tierra mientras se paga el mundo US\$ 90 por cada barril.¹⁸⁰ Así, se hace tabla rasa del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, la identidad étnica y cultural que incluye la relación espiritual tierra – indígena, y derechos territoriales ancestrales, en pos de explotar un recurso natural, ha si sea con un alto costo social, lo cual es contrario a los principios de un Estado Constitucional.

2.8.1. POBLACIONES EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO

Según la Cartilla N° 4 de los Derechos de Pueblos Indígenas Aislados, de la organización DAR, los pueblos indígenas en el Perú se pueden dividir de la siguiente manera:¹⁸¹

PUEBLOS INDÍGENAS			
Pueblos indígenas que mantienen contacto con los otros miembros de la sociedad		Pueblos indígenas que no mantienen contacto con los otros miembros de la sociedad	
Comunidades Nativas	Comunidades Campesinas	Pueblos Indígenas Aislados	Pueblos Indígenas en Contacto Inicial

Fuente: PROGRAMA SOCIAL INDÍGENA DE DAR, RAMOS URRUTIA, Irene, SANTILLÁN BARTRA, Asunta. Cartilla 4: Derechos de los Pueblos Indígenas Aislados. 1ra. Edición. Editorial DAR, 2010, Lima-Perú, p. 6.

Como hemos mencionado con anterioridad, en la historia del Perú se vivía un proceso claro de subalternidad, y esto se resaltó en discursos legales y constitucionales durante el siglo XIX, en el que el indio no era considerado sujeto de derecho, más que para cuestiones formales a favor del gobierno en representación. Tal es así que, con referencia a las poblaciones originarias o indígenas

¹⁷⁸ Ibidem. p. 68

¹⁷⁹ Cfr, Ballón, Francisco. ¿Y si la derogamos? La textura abierta versus el formalismo. En: DAR. Hacia una reglamentación de la Ley No 28736 Régimen Especial Transeccional de Protección a favor de los pueblos en aislamiento voluntario. DAR. Lima- Perú. 2007. p. 63

¹⁸⁰ Aroca Medina, Javier. Ibidem. p. 193

¹⁸¹ PROGRAMA SOCIAL INDÍGENA DE DAR, RAMOS URRUTIA, Irene, SANTILLÁN BARTRA, Asunta. Cartilla 4: Derechos de los Pueblos Indígenas Aislados. 1ra. Edición. Editorial DAR, 2010, Lima-Perú, p. 6.

que habitaban el Perú vivían en una constante marginación, exclusión y desigualdad, de manera que no se les reconocía como “ciudadanos peruanos”.

En el caso de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y en contacto inicial, el proceso de extirpación de idolatrías y la participación de órdenes eclesiásticas, tales como los dominicos, los franciscanos, entre otros, produjeron el establecimiento de lazos forzosos con la sociedad nacional. Sin embargo, debido a la inaccesibilidad del espacio a la biodiversidad, muchos de los pueblos indígenas se mantuvieron alejados de ésta cultura social imperante. Muchos años después, en la época de la República, se denotaron grandes intereses económicos en el territorio del Amazonas, estamos hablando de la época del caucho y el oro en el Amazonas a inicios del siglo XX y el interés por la extracción forestal luego de la segunda guerra mundial, de modo que a consecuencia de ello, éstos pueblos fueron contactados, aunque tristemente no se les reconoció su autonomía como sujetos de derechos.¹⁸²

Con respecto a las Reservas Territoriales del Estado a favor de grupos culturales en aislamiento voluntario y en contacto inicial, tenemos normas que establecen cuáles son. Lo podemos observar a continuación en el siguiente cuadro:

RESERVAS TERRITORIALES DEL ESTADO A FAVOR DE GRUPOS CULTURALES EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO Y EN CONTACTO INICIAL			
Grupo Cultural Protegido	Ubicación de la Reserva/Extensión del Área	Norma de Creación	Modificatoria de la Norma de Creación
Matses Moyorunas (Grupo etnolingüístico) ¹⁸³	Departamento de Loreto (Maynas)/344 687 ha 5000 m2.	Res. Directoral Regional N° 441-DZA-VIII-73 de 20/10/1973	
Kugapakori, Nahua, Nanti y otros	Departamento de Cusco (Convención) y Ucayali (Atalaya)/456 672, 73 ha.	Res. Ministerial N° 046-90AG/DGRAAR de 14/02/1990	Decreto Supremo N° 028-2003-AG de 25/07/2003
Murunahua (grupo étnico)	Departamento de Ucayali (Atalaya) 481 560 ha.	Res. Directoral Regional N° 189-97-CTARU/DRA de 01/04/1997	Res. Directoral Regional Sectorial N° 453-99-ctar-ucayali-drsa DEL 24/09/1999
Mashco-Piro (grupo etnolingüístico)	Departamento de Ucayali (Purus) 768 848 ha	Res. Directoral Regional N° 190-97-CTARU/DRA de 01/04/1997	
Isconahua (grupo étnico)	Departamento de Ucayali (Coronel Portillo) 275 665 ha	Res. Directoral Regional N° 201-98-CTARU/DGRA-OAJ-T de 11/06/1998	
Mashco Piro (grupos no precisados en Madre de Dios)	Departamento de Madre de Dios (Tahuamanu, Tambopata y Manu) 829 941 ha	Resolución Ministerial N°427-2002-AG de 22/04/2002	
Total Reservas Territoriales	2'812,686 Ha ¹⁸⁴		

Fuente: Defensoría de Pueblo, 2003. En: GAMBOA BALBIM, César. “Reservas territoriales del Estado a favor de a pueblos indígenas en aislamiento voluntario o contacto inicial”. 1ra. Edición. Editorial Derecho, Ambiente y Recursos Naturales-DAR, 2006, p. 25-26.

¹⁸² GAMBOA BALBIM, César. “Reservas territoriales del Estado a favor de a pueblos indígenas en aislamiento voluntario o contacto inicial”. 1ra. Edición. Editorial Derecho, Ambiente y Recursos Naturales-DAR, 2006, p. 7.

¹⁸³ En el caso del grupo Matses Moyorunas, este grupo se ha sedentarizado y se ha constituido en una comunidad nativa.

¹⁸⁴ No se suma la extensión de la Reserva Territorial de los Matses Mayorunas porque esta es una Comunidad Nativa ya reconocida, por lo tanto no se aplica el régimen de facto de reservas territoriales.

Sin embargo también tenemos a pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial que no se encuentran protegidos por normas como las mencionadas en el cuadro anterior, veamos a continuación el siguiente cuadro:

PUEBLOS INDIGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO Y EN CONTACTO INICIAL QUE NO CUENTAN CON RESERVA TERRITORIAL		
Área Natural Protegida	Pueblo Indígena en Aislamiento Voluntario	Ubicación
Reserva Comunal Amarakaeri	Yine, Tora y Pano	Madre de Dios
Parque Nacional Cordillera Azul	Cashibo Catacaibo	Ucayali
Parque Nacional Manu	Mashco Piro	Cusco
Parque Nacional Otishi	Ashaninkas	Cusco y Junín
Parque Nacional Alto Purus	Sharanahua, Yaminahua, Chionahua, Cujareño, Mashco Piro - Iñapari	Ucayali y Madre de Dios
Reserva Comunal Purus		

Fuente: Defensoría de Pueblo, 2003. En: GAMBOA BALBIM, César. "Reservas territoriales del Estado a favor de a pueblos indígenas en aislamiento voluntario o contacto inicial". 1ra. Edición. Editorial Derecho, Ambiente y Recursos Naturales-DAR, 2006, p. 74.

Para entender la problemática de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, es importante remontarnos a años anteriores en donde los vencedores de las guerras del pasado no fueron siempre los ejércitos que disponían de los mejores generales y de las mejores armas, sino que a menudo fueron simplemente aquellos que portaban los gérmenes más desagradables para transmitirlos a sus enemigos. Tal es así, que los ejemplos más sombríos del papel de los gérmenes en la historia se encuentran en la conquista europea de América que comenzó con el viaje de Colón 1492; cuando los indígenas americanos, aún siendo numerosas víctimas a manos de los conquistadores españoles, fueron muchos más los que cayeron víctimas de los microbios españoles,¹⁸⁵ es así que ello marca el origen de la disminución de la población indígena.

Pizarro llevó una suerte igualmente funesta cuando desembarcó en la costa de Perú en 1531 con 168 hombres para conquistar el Imperio inca, con millones de súbditos. Por suerte para Pizarro y por desgracia para los incas, la viruela había llegado a aquella tierra hacía 1526, matando a gran parte de la población inca, incluido el emperador Huayna Cápac y su sucesor designado. El resultado de que el trono quedase vacante fue que otros dos hijos de Huayna Cápac, Huáscar y Atahualpa, se enzarzaran en una guerra civil que Pizarro aprovechó para conquistar a los divididos incas.¹⁸⁶

Con respecto a algunos cálculos a través de excavaciones arqueológicas y el análisis pormenorizado de las descripciones dejadas por los primeros exploradores europeos, para el Nuevo Mundo en su conjunto a nivel de América, el descenso de la población de indios, en los dos siglos siguientes a la llegada de Colón se calcula en hasta en un 95 por ciento. Cabe decir aquí, que los principales elementos mortíferos fueron los gérmenes del Viejo Mundo, a los cuales los indios nunca habían estado expuestos y que por tanto, no tenían resistencia genética ni inmunitaria.¹⁸⁷ Es así que, mientras que más de una docena de enfermedades e infecciones importantes del Viejo Mundo se establecieron en el Nuevo Mundo, quizá ni un solo factor letal llegó a Europa desde

¹⁸⁵ DIAMOND, Jared. "Armas, gérmenes y acero: Breve historia de la humanidad en los últimos 13.000 años". 1ra. Edición. Editorial DeBolsillo. 2007. Barcelona-España. p. 227.

¹⁸⁶ DIAMOND, Jared. "Armas, gérmenes y acero: Breve historia de la humanidad en los últimos 13.000 años". 1ra. Edición. Editorial DeBolsillo. 2007. Barcelona-España. p. 243.

¹⁸⁷ DIAMOND, Jared. "Armas, gérmenes y acero: Breve historia de la humanidad en los últimos 13.000 años". 1ra. Edición. Editorial DeBolsillo. 2007. Barcelona-España. p. 244.

América. A este fenómeno, Jared Diamond le denominó la “unilateralidad de intercambio de gérmenes”.

En la actualidad, dependiendo del país, existen determinados términos que vienen siendo utilizados oficialmente para referirse a los pueblos en aislamiento o aislados, que han sobrevivido a estas altas tasas de mortandad histórica, por ejemplo en Paraguay son mayormente llamados “silvícolas”, en Ecuador, “pueblos ocultos o libres” y en Bolivia, “pueblos vulnerables”. Pero lo que sí es común a todos los países es que estos pueblos o segmentos de pueblos rechazan el establecimiento de relaciones de interacción sostenida con miembros de la sociedad envolvente, repeliendo el ingreso de agentes externos a sus territorios u ocultándose de estos. Tal es así que cuando estas poblaciones abandonan su condición de aislamiento, lo cual se ha venido produciendo mayormente de manera forzada por foráneos, se dice que se encuentran en “contacto inicial”, esta condición se mantiene mientras conserven su vulnerabilidad ante los efectos del proceso atravesado.¹⁸⁸

Precisamente, como se viene exponiendo, a partir de investigaciones históricas y antropológicas realizadas, se puede afirmar que la razón por la que muchas de estas poblaciones rechazan el contacto es el temor a lo que consideran, sin equivocarse, serían sus consecuencias: traslados forzados, pérdida territorial, relaciones de denominación, genocidio y etnocidio. Indudablemente, como se ha venido exponiendo, sus temores están basados en trágicas experiencias de contacto vividas tanto por sus antecesores, los cuales forman parte de su memoria colectiva, como por las actuales generaciones. Es decir, que el aislamiento se forma como una estrategia de defensa para garantizar su sobrevivencia y llevar implícito el ejercicio a la libre determinación a autodeterminación.¹⁸⁹

En ese sentido, pasamos a centrarnos en definir a los pueblos indígenas aislados, como aquellos pueblos indígenas que no mantienen vínculos sociales con los demás integrantes de la sociedad porque habiéndolo hecho, han decidido no continuarlas, ya sea por decisión propia o porque han preferido apartarse para sobrevivir, después de contactos violentos sucedidos años atrás, tales como los expuestos. También son conocidos en otros países como “Pueblos No contactados”, “Pueblos Indígenas Ocultos” o “en Situación de Aislamiento Voluntario”.¹⁹⁰ Es así que, estos pueblos indígenas aislados viven y se refugian en las zonas más apartadas, alejadas e inaccesibles del planeta, éstas zonas geográficas tienen características únicas en biodiversidad y algunas se encuentran ubicadas cerca o al interior de áreas naturales protegidas, de esta manera nuestros hermanos indígenas aislados se encuentran en continuo desplazamiento, por ello puede ser común que transiten por territorios titulados, ante esta circunstancia no se debe buscar establecer contacto, pues podría ser muy perjudicial para ellos, por ser poblaciones altamente vulnerables, ya sea por enfermedades que puedan parecer comunes como el resfriado o la gripe por ejemplo, pues su organismo no ha desarrollado defensas o éstas son muy débiles para combatirlas, así, el solo acercárseles podría propagar sin querer, alguna enfermedad entre ellos y terminar su existencia. En ese sentido, se considera que una característica común entre pueblos

¹⁸⁸ IVICE QUIQUE, Antonio y otros. El Derecho a la Salud de los Pueblos Indígenas en Aislamiento y en Contacto Inicial: Ponencias presentadas en la reunión internacional en Quito, Ecuador 19-20 de Octubre de 2007”. Copenhague-Dinamarca, 2008. p. 36.

¹⁸⁹ IVICE QUIQUE, Antonio y otros. El Derecho a la Salud de los Pueblos Indígenas en Aislamiento y en Contacto Inicial: Ponencias presentadas en la reunión internacional en Quito, Ecuador 19-20 de Octubre de 2007”. Copenhague-Dinamarca, 2008. p. 36-37.

¹⁹⁰ PROGRAMA SOCIAL INDÍGENA DE DAR, RAMOS URRUTIA, Irene, SANTILLÁN BARTRA, Asunta. Cartilla 4: Derechos de los Pueblos Indígenas Aislados. 1ra. Edición. Editorial DAR, 2010, Lima-Perú, p. 6.

en aislamiento y en contacto inicial es la vulnerabilidad a enfermedades externas, a consecuencia de su carencia de defensas inmunológicas para combatirlas. En ese contexto, la libre determinación o autodeterminación, en la práctica para los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial, significa el derecho a decidir la forma de vida que desean tener y el grado de interrelación que quieren establecer con la sociedad envolvente. En consecuencia, este principio rechaza el contacto forzado o cualquier otra imposición externa que desconozca la voluntad de estos pueblos, los mismos que viene exponiéndolos a situaciones que, como se ha visto, ponen en riesgo su sobrevivencia.¹⁹¹ El Estado peruano, frente a la vulnerabilidad de estos pueblos, ha establecido algunas áreas con protecciones especiales en zonas donde viven Pueblos Indígenas Aislados, nos estamos refiriendo a las llamadas “Reservas Territoriales” y hoy a partir de la aprobación de la “Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Contacto Inicial” dada por Ley N° 28736, son llamadas “Reservas Indígenas”.¹⁹²

2.8.2. LA ACCIÓN DE AMPARO EN BUSQUEDA DE LA PROTECCIÓN DE LAS POBLACIONES INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO Y CONTACTO INICIAL QUE HABITAN LA RESERVA TERRITORIAL INDÍGENA KUGAPAKORI, NAHUA, NANTI, Y OTROS


El Ministerio de Cultura (MINCU) mediante Resolución Ministerial N° 041-2012-MC, de fecha 03 de febrero del 2012, aprobó la opinión técnica emitida por el Viceministerio de Interculturalidad sobre el Estudio de Impacto Ambiental para la Ampliación del Programa de Exploración y Desarrollo en la locación de San Martín Este del Lote 88, presentada por la empresa Pluspetrol Perú Corporation S.A., la cual señala el artículo 1º de la mencionada resolución, se encuentra comprendida en los Informes No 006-2011-INDEPA-OPD-DCPI-PIACCI/JIM, y N° 01-2012-INDEPA-OPD-DCPI-PIACI/FVS/VAV, que fueran emitidos por la Oficina de Protección y Defensa de los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas y Pueblos Indígenas en Aislamiento y Contacto Inicial, que forman parte integrante de la citada resolución. Advirtamos que el primero de los informes contiene veintisiete (27) observaciones sobre los aspectos sociales del EIA antes mencionado; y el segundo informe contiene veintiún (21) observaciones sobre los aspectos ambientales del referido instrumento de gestión ambiental, haciendo en la práctica un total de cuarenta y ocho (48) observaciones.

Nótese que el artículo 2 de la Resolución Ministerial N° 041-2012-MC señala que “las recomendaciones contenidas en los Informes N° 006-2011-INDEPA-OPD-DCPI-PIACCI/JIM, y N° 01-2012-INDEPA-OPD-DCPI-PIACI/FVS/VAV, constituyen una condición esencial para garantizar los objetivos de protección establecidos en los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto Supremo No 028-2003-AG que declara como Reserva Territorial del Estado a favor de los grupos étnicos en aislamiento voluntario y contacto inicial Kugapakori, Nahua, Nanti, y otros; por tal motivo, resulta necesario que estas sean consideradas por las autoridades correspondientes. Adviértase que el artículo 3º del mencionado decreto supremo, señala que se debe garantizar la integridad territorial, ecológica y económica de las tierras comprendidas al interior de la Reserva Territorial del Estado a favor de los grupos étnicos, en aislamiento voluntario y contacto inicial, Kugapakori, Nahua, Nanti y otros allí presentes.

¹⁹¹ IVICE QUIQUE, Antonio y otros. El Derecho a la Salud de los Pueblos Indígenas en Aislamiento y en Contacto Inicial: Ponencias presentadas en la reunión internacional en Quito, Ecuador 19-20 de Octubre de 2007”. Copenhague-Dinamarca, 2008. p. 40.

¹⁹² PROGRAMA SOCIAL INDÍGENA DE DAR, RAMOS URRUTIA, Irene, SANTILLÁN BARTRA, Asunta. Cartilla 4: Derechos de los Pueblos Indígenas Aislados. 1ra. Edición. Editorial DAR, 2010, Lima-Perú, p. 10.

En ese sentido, sino se levantaron las cuarenta y ocho (48) observaciones efectuadas por el Viceministerio de Interculturalidad, y validadas por el artículo 1º de la Resolución Ministerial No 041-2012-MC, el Estudio de Impacto Ambiental no podía ser aprobado, pues constituyen su levantamiento condición esencial para resguardar los derechos constitucionales de los pueblos que habitan en la Reserva Territorial del Estado a favor de los grupos étnicos en aislamiento voluntario y contacto inicial Kugapakori, Nahua, Nanti, y otros. Adviértase que el Ministerio de Cultura, mediante Informe N° 021-2012-PCVA-DGIDP-VMI-MC emitido por el Director General de Interculturalidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, señala que no ha considerado levantadas las observaciones realizadas, según se desprende del Oficio N° 202-2012-INDEPA/J, que contiene a su vez el Oficio N° 073-2012-DGIDP/VMI/MC, mediante el cual le responde a la Dirección de Asuntos Ambientales Energéticos sobre el levantamiento de observaciones del EIA.



PERU

Ministerio de Cultura

Viceministerio de Interculturalidad y Derechos de los Pueblos Indígenas

Dirección General de Interculturalidad y Derechos de los Pueblos Indígenas

"Año de la Integración Nacional y el Reconocimiento de Nuestra Diversidad"

Lima, 12 de junio del 2012

INFORME N° 021-2012-PCVA-DGIDP-VMI-MC

Para : **Ana María Salazar Laguna**
Jefa de la Oficina de Atención al Ciudadano y Gestión Documentaria

De : **Paulo Vilca Arpasi**
Director General de Interculturalidad y Derechos de los Pueblos

Asunto : Solicitud de Acceso a la Información Pública del 8 y 11 de junio del 2012

Referencia : Expediente N° 20196-2012
Expediente N° 20341-2012

Ministerio de Cultura
Oficina de Atención al Ciudadano y Gestión Documentaria

11 JUN. 2012

RECIBIDO

Hora: 3:07 Firma: [Firma]

Es grato dirigirme a usted a fin de informarle lo siguiente:

- Mediante comunicaciones recibidas el 8 y 11 de junio, la Sra. Cindy Pilar Cusihamán Daza y el Sr. César W. Collantes Yamodes presentaron solicitudes de acceso a la información pública, indicando domicilio, número de documento de identidad y dirección electrónica. Los documentos materia de la solicitud fueron, en ambos casos, el Oficio N° 073-2012-DGIDP/VMI/MC y el Oficio N° 202-2012-INDEPA/J.
- La institución competente de llevar a cabo el procedimiento de certificación ambiental al que refieren los oficios solicitados es el Ministerio de Energía y Minas, a través de la Dirección de Asuntos Ambientales Energéticos (DGAAE). Por lo tanto, cor respondería a dicha instancia resolver este pedido de información.
- Es necesario precisar que el Oficio N° 202-2012-INDEPA/J, derivado mediante el Oficio N° 073-2012-DGIDP/VMI/MC, no consideró levantadas las observaciones realizadas. El referido oficio señala lo siguiente:

"La información remitida por la DGAAE, a través del Oficio N° 423-2012-MEM/AEE el 09/03/12, corresponde al levantamiento de las observaciones y recomendaciones de acuerdo a los que ellos indican. De la evaluación de dicha información y, en tanto la autoridad competente garantice la incorporación de lo arriba señalado dentro de los compromisos de la empresa, atendiendo a lo indicado en la Resolución Ministerial N° 041-2012-MC, consideramos se estará cumpliendo con los objetivos de protección de los pueblos en aislamiento."

Por eso llama la atención poderosamente como la Directora de Asuntos Ambientales Energéticos, flagrantemente falta a la verdad cuando en la **Resolución Directoral N° 102-2012-MEM/AEE** de fecha 13 de abril del 2012 señala, en sus página 6 y 7, lo siguiente: "que, mediante escrito N° 2177168 de fecha 23 de marzo de 2012, la Dirección General de Interculturalidad y Derechos de los Pueblos del Viceministerio de Interculturalidad, remitió **Oficio N° 073-2012-DGIDP/VMI/MC**, conteniendo el Oficio N° 202-2012-INDEPA/J, a través del cual dicha entidad considera que el levantamiento de observaciones presentado por la empresa cumpliría con los objetivos de protección de los pueblos en aislamiento." Eso no es verdad, y es absolutamente falso, pues como ya lo indico el propio Ministerio de Cultura, mediante Informe N° 021-2012-PCVA-DGIDP-VMI-MC

emitido por el Director General de Interculturalidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, no sean dado por levantada las observaciones.

La **Resolución Directoral N° 102-2012-MEM/AAE** se basa en un hecho falso tan evidente que el propio Jefe del INDEPA, ha señalado que: “mediante Oficio N° 190-2012-DGIDP/VMI/MC de fecha 21 de mayo del 2012, el Viceministerio de Interculturalidad solicitó a la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos (DGAAE) que utilice los mismos términos del Oficio N° 202-2012-INDEPA/J en la parte considerativa de la Resolución Directoral N° 102-2012-MEM/AAE. Asimismo, el VMI señaló que la adopción del contenido de los Informes N° 006-2011-INDEPA-OPD-DCPI-PIACCI/JIM, y N° 01-2012-INDEPA-OPD-DCPI-PIACI/FVS/VAV fijan nuestra opinión (del sector Cultura) sobre medidas que deben adoptarse para salvaguardar los derechos de los pueblos en aislamiento y contacto inicial.”

En ese contexto, IDLADS interpone una acción de amparo signada con el Expediente N° 15910-2012-0-1801-JR-CI-02 del Segundo Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, que tiene por objeto de salvaguardar los derechos: a **un ambiente sano y equilibrado, derecho a la autodeterminación**, la vida, la salud, derecho a la identidad étnica y cultural, **integridad biológica y cultural**, la dignidad, el derecho al territorio, a la propiedad, a la posesión ancestral y el derecho a la consulta previa de las poblaciones indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial que habitan la Reserva Territorial Indígena Kugapakori, Nahua, Nanti, y otros que vienen siendo amenazados de manera real, continua, permanente, inminente y cierta con los actos administrativos del Ministerio de Energía y Minas tendientes a la autorización de la Ampliación del Programa de Exploración y Desarrollo en la locación de San Martín Este del Lote 88 sobre el territorio ancestral y los derechos colectivos del citado pueblo indígena, así como en resguardo del derecho a la consulta previa a favor de la Comunidad Nativa de Segakiato, Cashiari y otras poblaciones indígenas afectadas.

Así, para resguardar los derechos constitucionales afectados se solicita se inapliquen, en el presente caso, por inconstitucionales el inciso c) del artículo 5º de la Ley N° 28736, Ley para la protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento Voluntario y en Situación de Contacto Inicial, y el artículo 35º del Reglamento de la Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial, aprobado por el Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES, en razón a que desconocen la intangibilidad de una reserva territorial indígena anulando la protección al derecho a un ambiente sano y equilibrado, la integridad biológica y cultural, la vida, la salud, **integridad cultural**, la dignidad, el derecho al territorio, a la propiedad, y a la posesión ancestral de pueblos indígenas en aislamiento voluntario como los que habitan en la Reserva Territorial Indígena Kugapakori, Nahua, Nanti, y otros, con lo cual contravienen los numerales 1, 16, 19, y 22 del artículo 2º de la Constitución Política del Perú. En ese sentido, estas normas al ser inconstitucionales deben ser inaplicadas en el presente caso, y con ello permitir el respeto absoluto de la intangibilidad de las reservas territoriales indígenas, y prohibirse toda actividad extractivas de terceros en estos territorios.

Además, para proteger a los mencionados grupos humanos vulnerables se solicita inaplicar para el presente caso el artículo 18.1 de la Ley N° 27446 y artículo 9 del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM así como el artículo 7º de la Ley N° 27446 por contravenir y ser incompatibles con el numeral 22 del artículo 2º de la Constitución, esto es por impedir el efectivo cumplimiento de la

obligación del Estado de proteger el derecho a vivir en un medio ambiente adecuado y equilibrado, al establecerse en las mismas que sea la propia autoridad que promueve y aprueba una concesión de hidrocarburos, esto es el Ministerio de Energía y Minas (MINEM), el que evalúa y aprueba el Estudio de Impacto Ambiental, y ello no garantiza el derecho a un ambiente sano y equilibrado, especialmente porque adicionalmente se permite que exista una relación de subordinación entre la empresa interesada y la consultora que elabora el Estudio de Impacto Ambiental. En ese sentido, solicitamos que se le ordene al Ministerio de Energía y Minas que deje sin efecto la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental por no resguardar los derechos constitucionales de las poblaciones indígenas afectadas, sino basta constatar que sin haberse levantado las observaciones del Viceministerio de Interculturalidad (INDEPA) y también sin realizar consulta previa aprobó el citado estudio. También solicitamos por ello que sea el Ministerio del Ambiente (MINAM) o una entidad internacional de reconocida solvencia en la materia quien evalúe, y emita opinión, la cual deberá ser tomada en cuenta para la aprobación del estudio por la autoridad competente.

Por otra parte, se solicita que se ordene al Ministerio de Energía y Minas, excluya el territorio de la Reserva Territorial Indígena Kugapakori, Nahua, Nanti, y otros, de cualquier promoción, exploración o explotación de hidrocarburos, así como ordene al Ministerio de Cultura que adopte las medidas de protección idóneas para proteger a estos grupos vulnerables lo que implica que haga respetar la intangibilidad de su territorio y que vele por la prohibición de actividades extractivas realizadas por terceros en la Reserva Territorial Indígena Kugapakori, Nahua, Nanti, y otros.

Asimismo se solicita se ordene al **Ministerio de Cultura** que ordene se abstenga su Viceministerio de Interculturalidad de emitir opinión técnica favorable sobre el Estudio de Impacto Ambiental para la Ampliación del Programa de Exploración y Desarrollo en la locación de San Martín Este del Lote 88 hasta que no se restituya el estatus legal de Organismo Público al Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano (INDEPA), auténtico órgano público a quien corresponde dicha labor, puesto que la norma, Decreto Supremo N° 001-2010-MC, que fusiona por absorción al INDEPA en el Ministerio de Cultura resulta inconstitucional al no haber sido objeto del derecho a la consulta previa no obstante afectar directamente a los pueblos indígenas del Perú, en estricto cumplimiento del numeral 1 del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, y vulnerarse por tanto el Derecho a la Identidad Étnica y Cultural previsto en el numeral 19 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

Acabáramos, solicitando se ordene al Ministerio de Energía y Minas dé cumplimiento al numeral 1 del artículo 6º del Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, y en consecuencia implemente el derecho a la consulta previa a favor de la Comunidad Nativa de Segakiato, Cashiari, y otras poblaciones indígenas afectadas por la Ampliación del Programa de Exploración y Desarrollo en la locación de San Martín del Lote 88, y deje sin efecto la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental por haberse realizado sin observar dicho derecho y por desconocer abiertamente lo dispuesto por el Tribunal Constitucional que ha señalado *“respecto a la exigibilidad del derecho a la consulta se encuentra vinculada a la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT, esto es, el 02 de febrero de 1995,”* conforme se recoge del fundamento 7 de la STC N° 00024-2009-PI.

Lamentablemente, el 10 de setiembre del 2012, el Segundo Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima declara improcedente la demanda, de manera bastante cuestionable, baste con recordar que su cuarto considerando de la resolución se señala: *“que, al respeto de la verificación los hechos narrados por el demandante, así como con el contenido de la demanda se aprecia que lo que en el fondo pretende el recurrente es que se deje sin efecto normas con rango de ley, que tienen vigencia general, es decir, con respecto a las mencionadas comunidades, sin embargo, ello no resulta procedente en un proceso de amparo, por cuanto la finalidad de este proceso es proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo, mas no la inaplicación o derogación de una norma, el cual corresponde al proceso de inconstitucionalidad”*. Al respecto debemos indicar lo siguiente sobre la citada resolución que a todas luces desconoce las normas procesales constitucionales vigentes tales como:

- a) El magistrado del segundo juzgado constitucional de Lima, en su resolución n° 01 no considera el artículo 138° de la Constitución Política del Perú que consagra el control difuso para todos los jueces de la Republica señalando, que en *“todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera.”* En ese sentido en el presente caso se está pidiendo la inaplicación concreta de normas que afectan derechos constitucionales de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario que habitan la Reserva Territorial Kugapakori, Nahua, Nanti, y otros, esto es, para un caso en concreto e individualizado, lo cual es permitido por nuestro ordenamiento constitucional.
- b) Asimismo en la resolución impugnada se realiza una incorrecta interpretación de la facultad de los jueces de inaplicar normas para casos concretos en resguardo de derechos constitucionales y, a fin de hacer prevalecer la Constitución no teniendo en cuenta, las Disposiciones Generales aplicables al Proceso de Amparo, consagradas en el artículo 3° del Código Procesal Constitucional que señala lo siguiente: *“(…), los jueces se limitan a declarar la inaplicación de la norma por incompatibilidad inconstitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, realizando interpretación constitucional, conforme a la forma y modo que la Constitución establece”*, actualmente se encuentra en apelación el presente caso.

2.9.LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS RESERVAS TERRITORIALES INDÍGENAS

Las Reservas Territoriales son áreas delimitadas por el Estado a favor de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial al amparo del Decreto Ley N° 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva, promulgado el 10 de mayo de 1978, que en su Segunda Disposición Transitoria, concordante con los incisos a) y b) del artículo 10° de la misma ley dispone que para la determinación del territorio de las comunidades nativas cuando se encuentren en situación de contacto inicial y esporádico con los demás integrantes de la comunidad nacional, se determinará un área territorial provisional de acuerdo a sus modos tradicionales de aprovechamiento de los recursos naturales, hasta que se definan su condición de establecimiento. En aplicación del mencionado dispositivo se crearon en el Perú cinco reservas territoriales, como son:

1. La Reserva Kugapakori, Nahua, Nanti y otros establecida por Decreto Supremo N° 028-2003-AG, publicado en el diario oficial “El Peruano” el 25 de julio de 2003;

2. La Reserva Murunahua, establecida por Resolución Directoral Regional N° 000-189-CTARU-DRA, del 01 de abril del año 1997, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 23 de marzo de 2007.
3. La Reserva Mashco-Piro, establecida por Resolución Directoral Regional N° 000190-97-CTARU/DRA del 01 de abril del año 1997, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 23 de marzo de 2007.
4. La Reserva Ishconahua, establecida por Resolución Directoral Regional N° 00201-98 CTARU/DRA del 11 de junio del año 1998, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 23 de marzo de 2007; y
5. La Reserva para pueblos indígenas en aislamiento de Madre de Dios, establecida por Resolución Ministerial N° 427-2002-AG, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 22 de abril de 2002.

Además de las Reservas Territoriales ya creadas, existen otras cinco propuestas de Reservas Territoriales a favor de pueblos indígenas en aislamiento voluntario ubicados en los departamentos de Loreto y Ucayali promovidas por AIDESEP. Estos trámites se iniciaron en las Direcciones Regionales de Agricultura¹⁹³ de los Departamentos de Loreto y Ucayali. Las reservas propuestas son:

1. Propuesta de Reserva Territorial Napo Tigre: Ubicado en el departamento de Loreto; se inició el trámite de creación el 18 de febrero del 2003.
2. Propuesta de Reserva Territorial Tapiche, Blanco y Yaquerama (Yavarí Tapiche): Ubicado en el departamento de Loreto; se inició el trámite de creación el 18 de febrero del 2003.
3. Propuesta de Reserva Territorial Kapanawa (Maquía Callería): Ubicado en los departamentos de Loreto y Ucayali; se inició el trámite de creación el 18 de noviembre del 2005.
4. Propuesta de Reserva Territorial Yavarí Mirim: Ubicado en el departamento de Loreto; se inició el trámite de creación el 15 de septiembre del 2003.
5. Propuesta de Reserva Territorial Cashibo Cacataibo: Ubicado en los departamentos de Loreto y Ucayali; se inició el trámite de creación el 14 de octubre de 1999.

En ese contexto, el 04 de octubre del 2007, se aprueba el Reglamento de la Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial, mediante Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES, se establece en la Primera Disposición Complementaria y Transitoria, que las **Reservas Indígenas existentes en un plazo máximo de seis meses** de la entrada en vigencia del Reglamento. Evidentemente, durante el plazo de adecuación, se respetarán todos los derechos que corresponden al amparo de las normas de su creación.

Asimismo, en la Segunda Disposición del Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES, establece que el MIMDES, en un plazo no mayor a los ciento ochenta (180) días de la entrada en vigencia del presente Reglamento, remitirá a la Presidencia del Consejo de Ministros un anteproyecto de ley que establezca las infracciones a la Ley y el Reglamento, así como el procedimiento administrativo sancionador a aplicarse. No obstante haberse vencido en excesos los plazos otorgados, pues han transcurrido cerca de cuatro (04) años sin que el MIMDES ni posteriormente el Ministerio de Cultura, hoy competente para hacerlo, hayan las acciones correspondientes, lo que está perjudicando la protección de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario. Recordemos, que

¹⁹³ Órganos descentralizados del sector de Agricultura dependientes de los Gobiernos Regionales.

actualmente, la Ley de creación del Ministerio de Cultura, Ley Nº 29565, establece que es una competencia exclusiva del Ministerio de Cultura la protección de nuestros pueblos indígenas incluyendo los que se encuentran en estado de aislamiento voluntario o contacto inicial.

En ese contexto, el IDLADS mediante carta del 20 de julio del 2011 se exige al Ministerio de Cultura dé cumplimiento: a la Primera Disposición Complementaria y Transitoria del Reglamento de la Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial, Decreto Supremo Nº 008-2007-MIMDES, esto es que adecuen a la citada norma, y a la Ley Nº 28736, las siguientes reservas territoriales existentes. Asimismo, exigimos se dé cumplimiento a la Segunda Disposición Complementaria y Transitoria del Decreto Supremo Nº 008-2007-MIMDES, esto es que remita a la Presidencia del Consejo de Ministros un anteproyecto de ley que establezca las infracciones a la Ley Nº 28736, y del Decreto Supremo Nº 008-2007-MIMDES, así como el procedimiento administrativo sancionador a aplicarse. Lamentablemente, el MINCU no dio cumplimiento a las normas antes citada, y el IDLADS interpuso una demanda de cumplimiento que fue admitida por el Noveno Juzgado Constitucional de Lima, Número de Expediente Nº 16707-2011-0-1801-JR-CI-09, y con fecha 08 de julio del 2013 mediante resolución Nº 7 se falló declarando FUNDADA la demanda y ordena a la entidad demandada con lo dispuesto en la Primera y Segunda Disposición Complementaria y Transitoria del Reglamento de la Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en situación de Contacto Inicial, sin embargo con fecha 23 de julio del 2013 el procurador público del Ministerio de Cultura interpone recurso de apelación contra la resolución Nº 7, y con fecha 3 de setiembre de 2013 el 9no Juzgado Constitucional declara improcedente de plano por extemporáneo el recurso de apelación interpuesto por el procurador público del Ministerio de Cultura. Este es un caso emblemático que gana el IDLADS al MINCU y que le obliga al mismo a proteger a las poblaciones en aislamiento voluntario y contacto inicial, mediante la creación de reservas y sancionando a los que ingresen a ellas afectando los derechos fundamentales de estas poblaciones.

2.9.1. ACCIONES LEGALES PARA ACCEDER A INFORMACIÓN SOBRE EL RESGUARDO Y PROTECCIÓN DE DERECHOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO



El INSTITUTO IDLADS con fecha 27 de octubre del 2011 solicita información sobre las acciones que ha desplegado el Ministerio de Cultura, el Viceministro de Interculturalidad y el INDEPA para dar cumplimiento a la ley 28736 y su reglamento, y requiriendo específicamente la siguiente información:

- Información sobre las medidas que su sector ha implementado e implementará para proteger la intangibilidad de la Reserva Territorial Indígenas Kugapakori, Nahua, Nanti y otros en el período 2004-2011; así como información sobre el número de supervisiones en campo que han realizado para verificar el cumplimiento de las mismas en el período 2004-2011, así como el presupuesto destinado para implementar puestos de control y otras medidas de protección en la citada reserva en el período 2010-2012.
- Información sobre los informes que anualmente el INDEPA debió expedir y sustentar ante la Comisión Ordinaria competente del Congreso de la República, sobre los objetivos y logros de su gestión en esta materia (pueblos indígenas en aislamiento voluntario), en cumplimiento del artículo 9° de la Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial (Ley N° 28736).
- Información sobre el Estado de avance de la política nacional y acciones de protección y respeto de los derechos de los pueblos indígenas en situación de aislamiento y contacto inicial se encuentran contenidas en el Plan Nacional de Pueblos Indígenas en Situación de Aislamiento y Contacto Inicial, al que se refiere el artículo 6° del Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES.
- Información sobre la implementación del Régimen Especial Transectorial y el Comité de Gestión de Protección por parte del INDEPA y el Viceministerio de Interculturalidad, régimen previsto en el artículo 8° y 42° del Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES respectivamente, y las acciones tomadas por dichas instancias en el período 2007-2011.
- Información sobre implementación de la Comisión Multisectorial previsto por el artículo 11° del Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES, y las acciones tomada por dicha instancia en el período 2007-2011.
- Información sobre los mecanismos de protección de la vida e integridad de los pueblos en aislamiento y contacto inicial aún no reconocidos oficialmente mediante decreto supremo, en tanto culminen los estudios a que se refiere el artículo 3° de la Ley N° 28736.
- Información sobre la implementación de los mecanismos y medidas de protección necesarias en las áreas propuestas para la categorización de las reservas indígenas, garantizando la protección de los pueblos en situación de aislamiento y contacto inicial previsto por el artículo 24° del Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES.
- Información sobre si se aprobado algún Plan de Protección para una reserva indígenas conforme lo establece el artículo 43° del Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES.
- Información sobre el número de estudios previos de Reconocimiento para que una reserva indígena realizada por el INDEPA o el Viceministerio de Interculturalidad y copia de los mismos.
- Información sobre el número de Estudios Adicionales de Categorización de Reserva Indígenas realizados por el INDEPA o el Viceministerio de Interculturalidad, y copia de los mismos
- Información sobre el número de Protocolos de actuación aprobados y copia de los mismos, a que se refiere el artículo 36° del Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES.

- Una copia simple sobre la norma sectorial que establece al INDEPA como unidad ejecutora.

No obstante de haber transcurrido más de 10 días hábiles no se nos ha brindado dicha información pese a tener carácter público y ser de interés nacional la misma. Es importante señalar que la razón de haberle solicitado la misma información pública al Viceministerio de Interculturalidad como al Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano (INDEPA), ambos pertenecientes al Ministerio de Cultura, es que el propio Viceministro de interculturalidad del Ministerio de Cultura, señala en su Informe N° 053-2011-INDEPA/J-OAJ de fecha 17 de octubre del 2011, punto c) que **"sobre las funciones compartidas del Ministerio de Cultura, con sus respectivos órganos competentes.** De la comparación que se ha efectuado del Reglamento de Organización y Funciones- ROF del Ministerio de Cultura, aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-2001-MC, con el Manual Operativo del INDEPA, aprobado mediante la Resolución Ministerial N° 006-2011-MC, no se observan funciones compartidas, **sino más bien duplicidad de funciones, entre las dos direcciones Generales del Viceministerio de Interculturalidad con las del INDEPA"**. Es en ese contexto, ante la duplicidad de funciones relacionadas a la protección de pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial, nos vimos obligados a requerir información a ambos organismos públicos. Debido a la negativa de proporcionar dicha información el INSTITUTO IDLADS con fecha 09 de diciembre de 2011 interpone acción de hábeas data con número de Expediente N° 24206-2011-0-1801-JR-CI-06 a fin de que se ordene al Viceministerio de Interculturalidad y el Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano (INDEPA) proporcionar la información antes requerida. Con fecha 13 de diciembre de 2011 mediante resolución número 1 nos declaran INADMISIBLE la demanda con el siguiente fundamento:

- *Se pide información sobre los informes que anualmente INDEPA debió expedir, lo que implica que el demandante no sabe si dichos informes existen o no (pues su afirmación está en condicional). Siendo así, el actor debe acreditar que tiene la certeza de que el dato que pide existe.*
- *Que lo mismo ocurre cuando se solicita que se informe si se ha aprobado (o no) algún plan de protección. También en este caso el demandante debe acreditar la certeza de que el dato que le pide a la entidad accionada existe.*

Con fecha 17 de enero de 2012 el INSTITUTO IDLADS subsanan la demanda de hábeas data, y con fecha 27 de enero del 2012 mediante resolución número 2 RECHAZAN la demanda de hábeas data. Ante esa circunstancia no dudamos en apelar dicha resolución, es por ello que con fecha 16 de Marzo de 2013 interpone apelación de la resolución número 2 con el siguiente argumento:

- *Que el sexto juzgado constitucional de Lima de manera errada rechaza la demanda de hábeas data por considerar que o se han precisado los alcances de los puntos m) y n) de la demanda cuando resulta absolutamente diáfano que ello se realizó en el escrito de subsanación y que las cartas de requerimiento de fecha anterior a la demanda esto es el 23 de noviembre de 2011, son manifiestamente claras, y obran en los anexos 1-E y 1-F, como se observa en la segunda página de ambos documentos en donde aparecen los dos requerimientos sobre el número de Resoluciones Ministeriales para ingresos excepcionales a reservas indígenas aprobadas y copia de las mismas.*

- *Es manifiestamente evidente que no es verdad que no se acompañan las cartas de requerimiento como indica la Resolución N° 2, pues las mismas obran en Anexo 1-E y 1-F. En ese sentido, resulta arbitrario que se aplique el apercibimiento de rechazo de la demanda pues se cumplió con indicar lo solicitado en la Resolución N° 1, pero sobre todo porque siendo que la demanda de hábeas data reúne una serie de pretensiones acumuladas, y que sólo se ha pronunciado el Sexto Juzgado Constitucional de Lima, sobre 02, el resto debió considerarse procedente, en orden a la lógica jurídica más elemental.*

Como era de esperarse con fecha 02 de abril del 2012 nos conceden la apelación con efectos suspensivos, en ese sentido con fecha 08 de agosto de 2012 la Primera Sala Especializada en lo Civil de Lima resuelve Declarar NULA la resolución número uno, que resuelve rechazar la demanda de Hábeas Data y por ende ORDENA al juzgador renueve el acto de calificación de la demanda teniendo en cuenta las consideraciones precedentes.

Con fecha 18 de enero del 2013 el Sexto Juzgado Constitucional de Lima resuelve ADMITIR A TRÁMITE la demanda de acción de hábeas data, y con fecha 30 de setiembre de 2013 el Sexto Juzgado Constitucional de Lima falla declarando FUNDADA la demanda interpuesta por el INSTITUTO IDLADS y en consecuencia ordena que el Viceministerio de Interculturalidad, el Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andinos Amazónicos y Afroperuanos INDEPA y el Procurador Público del Ministerio de Cultura cumpla con brindar la información requerida por el Instituto IDLADS.

2.9.2. LAS DOS ACCIONES DE AMPARO EN DEFENSA DE PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO- EL CASO DE KUGAPAKORI, NAHUA, NANTI Y LA AMPLIACIÓN DEL PROYECTO CAMISEA LOTE 88

MAPA DE LA RESERVA, EL LOTE 88 (AMPLIACIÓN DE OPERACIONES EN EL LOTE)



FUENTE: AIDSEP. "EN EL LOTE 88 NO TODO SE RESUELVE CON EL LEVANTAMIENTO DE OBSERVACIONES", EN WEB: <http://www.aidsep.org.pe/en-el-lote-88-no-todo-se-resuelve-con-el-levantamiento-de-observaciones/> consultado el 10.02.15.

Con fecha 21 de agosto del 2012 el Instituto de Defensa Legal del Ambiente y Desarrollo Sostenible Perú- IDLADS PERÚ interpone la primera acción de amparo contra el Ministerio de Cultura y contra el Ministerio de Energía y Minas cuyo Expediente N° 15910-2012-0-1801--JR-CI-02 con el objeto de salvaguardar los derechos: a un ambiente sano y equilibrado, derecho a la autodeterminación, la vida, la salud, derecho a la identidad étnica y cultural, la integridad biológica y cultural, la dignidad, el derecho al territorio, a la propiedad, a la posesión ancestral y el derecho a la consulta previa de las poblaciones indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial que habitan la Reserva Territorial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros que vienen siendo amenazados de manera real, continua, permanente, inminente y cierta con los actos administrativos del Ministerio de Energía y Minas tendientes a la autorización del Ampliación del Programa de Exploración y Desarrollo en la locación de San Martín Este Lote 88 sobre el territorio ancestral y los derechos colectivos del citado pueblo indígena, en ese orden de ideas el Instituto IDLADS PERÚ solicita en su demanda que se inapliquen por inconstitucionales el inciso c) del artículo 5° de la Ley N° 28736, Ley para la protección de Pueblos Indígenas u Originarios y el artículo 35° del Reglamento de la Ley para la protección de Pueblos Indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial aprobado por el Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES.



Por otra parte, solicitamos se ordene al Ministerio de Energía y Minas excluya el territorio de Reserva Territorial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros, de cualquier promoción, exploración o explotación de hidrocarburos, así como ordene al Ministerio de Cultura que adopte las medidas de protección idóneas para proteger a estos grupos vulnerables lo que implica que haga respetar la intangibilidad de su territorio y que vele por la prohibición de actividades extractivas realizadas por terceros en la Reserva Territorial Indígena Kugapakori, Nahua, Nanti y otros. y Por ultimo solicitamos al Ministerio de Cultura que ordene se abstenga su Viceministerio de Interculturalidad de emitir opinión técnica favorable sobre el Estudio de Impacto Ambiental para la ampliación del Programa de Exploración y explotación del Lote 88.

Con fecha 10 de setiembre del 2012 el segundo juzgado constitucional de Lima, nos declara Improcedente la demanda por el siguiente argumento:

- *"Los hechos narrados por el demandante, así como con el contenido de la demanda, se aprecia que lo que el fondo pretende el recurrente es que se deje sin efecto normas con rango de ley, que tienen vigencia general. es decir, con respecto a las mencionadas comunidades, sin embargo, ello no resulta procedente en un proceso de amparo, por cuando la finalidad de este proceso es proteger derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo , mas no a la inaplicación o derogación de una norma, el cual corresponde al proceso de inconstitucionalidad".*

Ante ello, no dudamos en impugnar dicha resolución, es por ello que con fecha 12 de diciembre del 2012 presentamos Recurso de Apelación y refutamos los argumentos del segundo juzgado constitucional de la siguiente manera:

La resolución impugnada no sólo tiene una interpretación errónea del control difuso de los jueces, sino además carece de una debida motivación al resolver declarar improcedente la demanda sin considerar todas las pretensiones contenidas en ellas. En este sentido la resolución impugnada ni si quiera menciona ni analiza la procedencia de las siguientes pretensiones:

Pretensión 1. Ordenar al Ministerio de Energía y Minas que deje sin efecto la aprobación del EIA por no resguardar los derechos constitucionales de las poblaciones indígenas afectadas.

Pretensión 2. Ordenar al Ministerio de Energía y Minas excluya el territorio de la Reserva Territorial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros de cualquier exploración y explotación de hidrocarburos, asimismo ordene al Ministerio de Cultura que adopte las medidas de protección idóneas para proteger a estos grupos vulnerables.

Pretensión 3. Se ordene al Ministerio de Cultura se abstenga su Viceministerio de Interculturalidad de emitir opinión técnica favorable sobre el EIA de la ampliación del Programa del Lote 88.

Pretensión 4. Se ordene al Ministerio de Energía y Minas dé cumplimiento al numeral 1 del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT.

En conclusión la resolución impugnada vulnera abiertamente el derecho a una debida motivación de las resoluciones conforme lo establece en numeral 5 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú. En ese sentido la sala de meritar la aplicación del numeral 6 del artículo 50° del Código Procesal Civil, que señala que el juez debe fundamentar los autos y las sentencias bajo sanción de nulidad, y en ese sentido dejar sin efecto la resolución impugnada. Con fecha 15 de marzo del 2013 nos conceden el Recurso de apelación, por tanto el estado actual del presente proceso es: Segunda Instancia, y es seguro que llegaremos al TC.

La segunda Acción de Amparo que hemos interpuesto para salvaguardar los Derechos Fundamentales de las Poblaciones Indígenas Kugapakori, Nahua, Nanti fue el 15 de octubre del 2013, signada con N° de Expediente 20685-2013-0-18-01-JR-CI-01 en el contra el MINEM y PLUSPETROL por la ampliación del Lote 88 que implicaba afectación directa al territorio indígena ocupado por estas poblaciones frente a lo cual solicitamos su exclusión, sin embargo tanto el Juez

de primera instancia como la sala entendieron de manera errónea que una Organización no Gubernamental no tenía legitimidad para obrar en defensa de estos pueblos indígenas en aislamientos, alegando que deberían ser ellos mismos quienes reclamen sus derechos en la Región del Cusco, olvidando su condición de aislados, y nuestra legitimidad para obrar como Asociación sin fines de lucro en defensa del Ambiente y los Derechos Fundamentales de estas poblaciones al amparo del Art. 82 del C.P.C. actualmente el citado proceso se encuentra en instancia del TC.

Debemos recordar que el IDLADS-PERÚ tiene legitimidad para obrar activa puesto que también es el afectado moral por las vulneraciones realizadas por los Demandados contra los Derechos fundamentales de los Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario de la Reserva Territorial Kugapakori Nahua Nanti (afectado material) al amparo del Artículo 26 del Código Procesal Constitucional. Por otra parte tengamos en cuenta que el afectado moral también está legitimado para interponer una Acción de Amparo en este caso IDLADS al velar por los intereses difusos y colectivos de la Sociedad, el Ambiente y los Pueblos Indígenas pueden interponer la mencionada demanda de conformidad con el Artículo 39 del Código Procesal Constitucional. Y finalmente debemos advertir que también es competente el Juez donde se encuentra el domicilio del afectado moral que en este caso es el IDLADS por lo que los Jueces Constitucionales de Lima tendrían competencia sobre el presente caso, e incluyendo su distinguida sala de conformidad con el Artículo 51 del Código Procesal Constitucional. Concluyendo debemos enfatizar que cuando se afecta un Derecho Ambiental o Indígena también se afecta al IDLADS-PERÚ puesto que su objeto social y propósito fundamental es la Defensa de Derechos Humanos especialmente los de tercera generación, de allí que seamos afectados morales y el Artículo 82 del Código Procesal Civil también nos de dicha condición.

2.9.3. DEMANDA DE ACCIÓN DE AMPARO PARA EL PAGO POR COMPENSACIÓN DE USO DE TIERRAS INDIGENAS EN EL AMBITO DE LOS LOTES 1AB Y 8X



De izquierda a Derecha: Apus de las Cuatro Cuencas de Loreto, y Presidente de IDLADS, denunciando la contaminación de 43 años en la Cumbre de los Pueblos frente al Cambio Climático (Diciembre, 2014)

Corría junio del 2007, y AIDSEP reclamaba la declaratoria de emergencia ambiental de las 4 cuencas de Loreto, además de la compensación por uso de tierras indígenas y daños ambientales producidos en las últimas tres décadas por las actividades por hidrocarburos. Sin embargo no sería hasta octubre del 2011 que el equipo legal del IDLADS ingresara a la problemática antes mencionada, especialmente en los ámbitos de identificación de pasivos ambientales de

hidrocarburos en el cual interpusimos una Acción de Cumplimiento que ganamos gracias a la cual el OEFA realiza dicha labor, pero además asumimos el compromiso de apoyar a las comunidades en el proceso de compensación por uso de tierras, palabra que cumplimos el 12 de marzo del 2014 el Instituto IDLADS-PERÚ interpone demanda de acción de amparo contra el Ministerio de Energía y Minas, con número de expediente N° 12877-2014-0-1801-JR-CI-07 en el Séptimo Juzgado Constitucional, con el objeto de salvaguardar los derechos: a la consulta previa, la propiedad comunal de los pueblos indígenas que habitan en el ámbito del Lote 192 (ex lote 1AB) y Lote 8, y el derecho a recibir compensación e indemnización por servidumbres, daños ambientales, y actividades de hidrocarburos que afectan sus territorios indígenas ancestrales, por lo que solicitamos:

- Se ordene al Ministerio de Energía y Minas someta a Consulta Previa, la Resolución Suprema N° 060-2006-EM y la Resolución Suprema N° 061-2006-EM, que establecen servidumbres gratuitas de hidrocarburos en los territorios indígenas y propiedad comunal de pueblos indígenas achuares que se ubican en el ámbito de los Lotes 192 (ex 1AB) y 8, vía adecuación, pues las mismas no fueron consultadas pese a estar vigente el Convenio 169 de la OIT desde el 02 de febrero de 1995, y afectar directamente territorios indígenas.
- Asimismo se ordene al Ministerio de Energía y Minas implemente un programa de compensación por uso de territorios indígenas por servidumbres autorizadas, en las Resoluciones Supremas N° 060-2006-EM y N° 061-2006-EM, y otras que de facto vienen utilizando las empresas concesionarios de los Lotes 192 (ex lote 1AB) y Lote 8, al amparo del numeral 2 del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, que consagra el derecho a las poblaciones indígenas de percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir por el desarrollo de actividades extractivas que afecten sus territorios. El estado actual del presente proceso es de Primera Instancia y con contestación de la demanda por parte del MINEM y PLUSPETROL (demandados)

2.9.4. ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO PARA QUE SE APRUEBE LA GUÍA PARA LA ELABORACIÓN DE ESTUDIOS DE EVALUACIÓN DE RIESGOS A LA SALUD Y AL AMBIENTE DISPUESTO EN EL D.S. 002-2013-MINAM, A FAVOR DE LAS CUATRO CUENCAS DE LA REGIÓN DE LORETO

IDLADS se encuentra muy preocupado por los 43 años de contaminación por derrame de hidrocarburos en la Región de Loreto, es por ello que trabaja de manera directa con los Apus de las Cuatro Cuencas de la Amazonia y sus técnicos, donde después de constantes reuniones decidimos interponer una Acción de Cumplimiento para que se efectivice la Segunda Disposición Complementaria del Decreto Supremo N° 002-2013-MINAM “Aprueban Estándares de Calidad Ambiental (ECA) para Suelo”, el cual fue aprobado el 25 de marzo del 2013, teniendo un plazo de seis(06) meses para ser implementado, a la fecha el mismo tiene dieciséis(16) meses de retraso, lo cual nos genera indignación ya que las condiciones de salud en la Región de Loreto son paupérrimas.

El primer paso que realizamos fue elaborar una Carta de Requerimiento al Ministerio del Ambiente –MINAM, la cual le da un plazo de diez (10) días al mencionado Ministerio para cumplir con lo solicitado, el mismo nos respondió indicándonos que viene evaluando los aportes recibidos durante el proceso de consulta pública sobre la “Guía para la elaboración de Estudios de Evaluación de Riesgos de Salud y el Ambiente” y de manera

muy relajada nos dice: “Culminando este proceso se procederá a su aprobación”, parece que necesitan dieciséis (16) meses más, pero es claro que nuestras poblaciones indígenas de la región de Loreto no pueden esperar más, es por ello que el día 05 de Febrero del 2015 a primera hora el IDLADS interpuso una Acción de Cumplimiento para que se efectué la Segunda Disposición Complementaria del Decreto Supremo N° 002-2013-MINAM “Aprueban Estándares de Calidad Ambiental (ECA) para Suelo”, mientras los Apus a través de una conferencia de prensa manifestaban ese mismo día una vez más a nuestras autoridades estatales, que parecen no sensibilizarse por nada los problemas socioambientales con los que amanecen y se acuestan cada día. Actualmente dicha Demanda se encuentra presentada ante el 28 Juzgado Civil de la Corte Superior de Lima.

CAPÍTULO III

EL LITIGIO ESTRATÉGICO Y LA CONTAMINACIÓN SONORA GENERADA POR LAS ACTIVIDADES DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL JORGE CHÁVEZ



3.1. EL DERECHO AERONÁUTICO

3.1.1. CONCEPTO

La creciente actividad Aeronáutica ha hecho posible que nazca una nueva rama del Derecho la cual se le ha denominado como Derecho Aeronáutico, tiene su origen en Alemania, donde los juristas empezaron a usar este término para diferenciarlo del Derecho Aéreo, por ser una expresión más amplia que incluye problemas vinculados con los espacios aéreos, telecomunicaciones mientras que el Derecho Aeronáutico es exclusivamente usado para la actividad Aeronáutica: al aire, campo de sustentación del tráfico aéreo, campo de acción de las ondas electromagnéticas, etc. Además, la expresión “Derecho Aeronáutico” es unívoca y se refiere propiamente a la actividad Aeronáutica. Acerca de esta rama del Derecho, existen diversas definiciones de juristas dedicados a esta especialidad: Pietro Cogliolo, define al Derecho Aeronáutico como un conjunto de normas del Derecho Público y privado que regulan la navegación aérea y en general el movimiento de las aeronaves y otros aparatos que se mueven en el aire, en relación con las cosas, con las personas y las tierras. (...). Añade el profesor Tapia Salinas, que el Derecho aeronáutico es un “conjunto de normas que se refieren a la navegación aérea y los problemas con ella relacionadas”. Michel Fragali agrega que este es un complejo de normas destinadas a regular todas las relaciones jurídicas que pueden hacerse de la navegación aérea, y a contener a ésta dentro de los límites que le deben ser impuestos por necesidades de orden público. Según el tratadista francés Maurice Lemoine, define al Derecho Aeronáutico como una rama del Derecho que determina y estudia las leyes y reglas jurídicas que reglamentan la circulación y utilización de las aeronaves, así como las relaciones que ellas engendran. Como puede apreciarse, esta definición resalta la importancia de la aeronave como objeto de la materia más que su propia circulación.¹⁹⁴ Por último, para Federico

¹⁹⁴ Augusto Cáceres Medrano. Derecho Aeronáutico. Doctrina y Legislación. Editorial San Marcos, Perú, 2004, p. 9

Videla Escalada, el derecho Aeronáutico es definido como “el conjunto de principios y normas de Derecho Público y Privado, de orden interno e internacional, que rigen las instituciones y relaciones jurídicas de la actividad aeronáutica o modificadas por ellas”.¹⁹⁵

Es necesario tener en cuenta, que estas definiciones coinciden en que el control directo de la navegación aérea mediante principios y normas. Razón por la cual, Augusto Cáceres, define como al Derecho aeronáutico como el conjunto de normas y principios, de Derecho Público y Privado, de orden interno e internacional, que rigen las instituciones y relaciones jurídicas con motivo de la actividad aeronáutica¹⁹⁶. En ese sentido, dicho autor coincide con el tratadista, antes citado, Federico Varela. Entonces, siguiendo esa línea, se puede definir al Derecho Aeronáutico como el conjunto de principios y normas de derecho público y privado, de carácter interno e internacional, específicamente destinados a regular la navegación aérea y los hechos y actos jurídicos vinculados con su ejercicio, debiéndose entenderse por “navegación aérea” la circulación realizada en el espacio atmosférico mediante vehículos que necesitan del aire como elemento fundamental de sustentación y propulsión excluyéndose del concepto, por lo tanto a los que desarrollan actividades en el espacio ultraterrestre como objeto determinante de las mismas, aunque en algún momento deban valerse del aire para facilitar tales actividades.¹⁹⁷

3.1.2. CARACTERÍSTICAS:

Las características del Derecho Aeronáutico son propias y son: El Dinamismo, la Internacionalidad, el Reglamentarismo, la Politicidad y la Autonomía. El Dinamismo, provocada por su constante actualización y rápida formación, ello es así por las transformaciones que sin cesar experimenta la aeronáutica es sus aspectos técnicos, que exigen una continua revisión de las normas que la rigen; la Internacionalidad, ya que los aviones por ser medios de transportes a larga distancia interactuando con otros países del a Tierra por lo tanto, crea relaciones jurídicas haciendo necesaria una legislación internacional; Reglamentarismo, nace como consecuencia del carácter dinámico ya que se necesita la adaptación permanente a las exigencias que impone la movilidad de este medio de transporte exige; Politicidad, se da por los rasgos políticos en el proceso de formación de la disciplina, incluyen normas que cubren todos los campos de la actividad aérea, creando disposiciones necesarias y reglamentarias para evitar conflictos entre Estados, y Autonomía, ya que por su incesante actividad doctrinal y legislativa ha hecho que posea la madurez suficiente para contar con principios generales y propios.

Y por último, la Autonomía, esta ha sido motivada por posiciones doctrinales diversas orientadas en dos corrientes principales: sostiene una la autonomía sin más limitaciones que las referentes al funcionamiento de la materia como una de las ramas del Derecho. Considera la otra el Derecho Aeronáutico como formando parte del Derecho Marítimo de un Sistema jurídico autónomo que denominan Derecho de la navegación. (...) En la actualidad, ante el evidente grado de desarrollo alcanzado por la materia, semejante posición ya es insostenible¹⁹⁸ aunque, para la Escuela Napolitana existe un paralelismo institucional entre el Derecho Aeronáutico y el Derecho Marítimo por lo cual no es justificable el trato independiente de ambas materias. Es por eso que, las normas

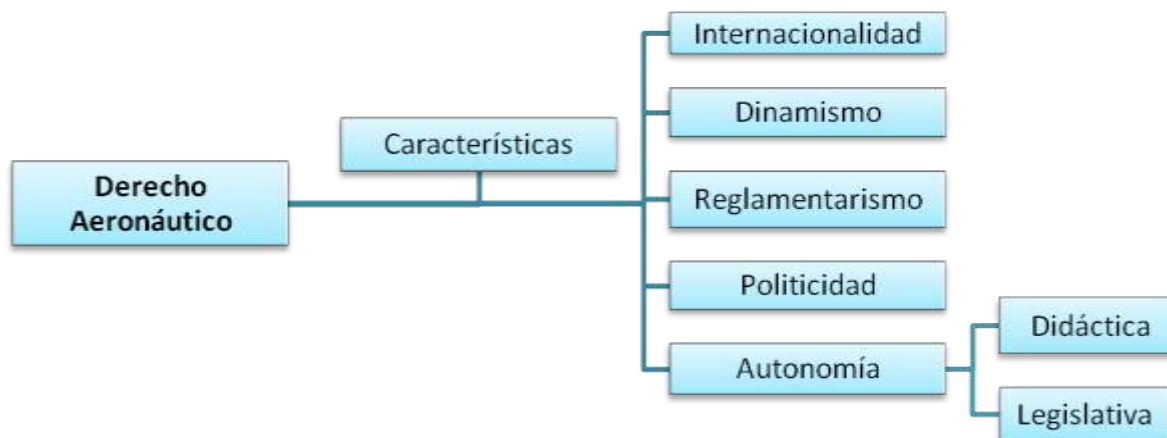
¹⁹⁵ Ibídem, p. 11

¹⁹⁶ Ibídem. p.11

¹⁹⁷ Edda Rossi y Otros. Historia y Evolución del Derecho Aeronáutico. <http://derechoaer.blogspot.com/2010/08/historia-y-evolucion-del-derecho.html> (Consultado 15/08/2012)

¹⁹⁸ Augusto Cáceres Medrano. Derecho Aeronáutico. Doctrina y Legislación. Editorial San Marcos, Perú, 2004, p. 17.

jurídicas que rigen a ambas ramas del Derecho no deberían tener un tratamiento independiente ya que poseen una similitud en sus estructuras formando así un verdadero Sistema Jurídico además, se da cierta preferencia a la parte marítima porque da sustento y estructura a la aeronáutica convirtiéndose la parte marítima en una fuente originaria y supletoria de la parte aeronáutica. Puede ser la autonomía legislativa y la autonomía didáctica; en la primera, se demuestra que son muy pocos los países que no poseen leyes especiales para regular los problemas jurídicos originados por la actividad aeronáutica y la segunda, la Autonomía Didáctica, consiste en cómo va el Derecho aeronáutico produciendo cada vez, con mayor intensidad, un movimiento autónomo en cuanto a la enseñanza de la materia.



3.2. EL DERECHO DE PROTECCIÓN DEL CIUDADANO FRENTE A LA CONTAMINACIÓN SONORA PRODUCIDA POR EL SOBREVUELO DE AVIONES

Por “derechos de protección” habrán de entenderse aquí los derechos del titular de derecho fundamental frente al Estado para que este lo proteja de intervenciones de terceros.¹⁹⁹ No solo la vida y la salud son bienes posibles de protección, sino todo aquello que desde aspectos iusfundamentales, es digno de ser protegido, por ejemplo: la dignidad, la libertad, la familia, la propiedad, etc.²⁰⁰ Los derechos a protección son derechos subjetivos constitucionales frente al Estado para que éste realice acciones positivas fácticas o normativas que tienen como objeto la delimitación de las esferas de sujetos jurídicos de igual jerarquía como así también la imposibilidad y la imposición de esta demarcación. En ese sentido, cuando el Estado omite aprobar límites máximos permisibles, compensar a los habitantes afectados por contaminación sonora u omite exigir la actualización del Estudio Impacto Ambiental del Sector Aeronáutico incurre evidentemente en una inconducta funcional y en la transgresión del Derecho de protección que merece cada ciudadano.

3.2.1. LA ESTRUCTURA Y JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS A PROTECCIÓN

Los deberes de protección tienen el carácter de principios, es decir, exigen una protección lo más amplia posible con relación a las posibilidades fácticas y jurídicas, lo que significa que pueden entrar en colisión con otros principios. Un deber de protección no sólo frente a un

¹⁹⁹ ALEX, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993, p. 435

²⁰⁰ Ibídem p. 436

individuo particular sino frente a la totalidad de los ciudadanos.²⁰¹ La ponderación del problema de la justiciabilidad depende del papel que juegue el problema de la ponderación y el del pronóstico dentro del marco de los derechos a protección. En el derecho constitucional, las ponderaciones no son poco frecuentes. También en el caso de los derechos de defensa son inevitables. Si el problema de la ponderación en el ámbito de los derechos a protección ha de contribuir en algo a que éstos sean justiciables en menor medida que los derechos de defensa, entonces la ponderación en el marco de los derechos a protección tiene que indicar algo especial.²⁰² En los derechos a protección, de lo que se trata es esencialmente de la delimitación de posiciones iusfundamentales de diferentes titulares de derechos fundamentales.²⁰³ En otras palabras de lo que se trata es de identificar el núcleo duro o esencia de cada derecho para protegerlo adecuadamente en su relación correlacional con otros derechos fundamentales, siendo el Estado el responsable de brindar protección a ambos derechos sin vaciarlos de contenido ni desnaturalizarlos. En el caso de la actividad aeronáutica de lo que se trata es permitir la libertad de empresa sin que en el proceso se vulnere otros Derechos Fundamentales como el Derecho al Ambiente Sano y Equilibrado, y la salud.



3.2.2. DERECHOS DE ORGANIZACIÓN Y PROCEDIMIENTO EN SALVAGUARDA DEL DERECHO A UN AMBIENTE SANO Y EQUILIBRADO

Siguiendo la tesis de Hesse, dice que la organización o el procedimiento resultan ser un medio –posiblemente el único existente- para producir un resultado acorde con los derechos fundamentales y, con ello, asegurar eficazmente los derechos fundamentales en vista de la problemática moderna.²⁰⁴ En ese sentido el Derecho a un Ambiente Sano y Equilibrado requiere de un mecanismo para efectivizarse

²⁰¹ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993, p. 448.

²⁰² *Ibidem* p. 450.

²⁰³ *Ibidem* p. 451.

²⁰⁴ *Ibidem* p. 455.

como Derecho Fundamental como sería un EIA bien elaborado, la aprobación de Estándares de Calidad Ambiental o Límites Máximos Permisibles sin los cuales difícilmente podría garantizarse su goce entre los ciudadanos de un Estado

3.3. ANTECEDENTES DEL CASO DE CONTAMINACIÓN SONORA POR EL SOBREVUELO DE AVIONES EN LAS CIUDADES

3.3.1. IMPACTOS NEGATIVOS DE LA ACTIVIDAD AERONÁUTICA

La actividad Aeronáutica permite a los aviones desplazarse de un lugar a otro de grandes distancias y en menor tiempo, siendo una fuente de empleo en muchos países, desgraciadamente así como trae beneficios, trae consigo impactos negativos los cuales no solo ocurren en Perú, sino que son varios países los afectados por esto. El mayor impacto negativo que existe, es el ruido producido por los aviones. Este ruido es inevitable y afecta no solo a las poblaciones circundantes sino, a los mismos trabajadores de los aeropuertos ya que el personal está expuesto a riesgos laborales y a extremas emisiones de ruido los cuales, pueden llegar hasta a ser irreversibles ya que afectan el sistema nervioso y el sistema auditivo, lo que genera situaciones de fatiga, estrés que podrían llegar a niveles de riesgo muy altos para la salud siendo los más afectados los niños y los adultos mayores. Existe una normativa alemana acerca de cómo pueden protegerse las personas que están expuestas a emisiones de ruido en el aeropuerto.

El siguiente impacto negativo es que, los Aeropuertos, por estar en zonas urbanas, disminuyen la calidad del aire ya que expulsan diariamente grandes cantidades de sustancias que son perjudiciales para la salud, aunque esta no se compara a la contaminación del tráfico terrestre. Se puede presenciar la inmisión de gases en zonas cercanas a los aeropuertos en especial cuando el movimiento de aviones es intenso como lo es en los días festivos es por eso que se recomiendan Medidas Reglamentarias y una medida que muchos países han adoptado es que se restrinja la circulación de automóviles por zonas aledañas a los aeropuertos ya que la emisión de los gases de los aviones más la de los vehículos resulta perjudicial para la calidad del aire. Otro impacto negativo es la contaminación de los suelos y un cambio climatológico en las zonas aledañas al aeropuerto ya que estas grandes construcciones en superficies de suelo suelen producir una alteración de las condiciones climatológicas naturales lo que causaría una formación de un microclima propio. A esto se añade la concentración de contaminantes atmosféricos. El tipo de microclima que se formará dependería de la dimensión de las zonas construidas para el aeropuerto, la forma del terreno y la proporción de espacios libres. El Aeropuerto Internacional Jorge Chávez se encuentra ubicado en la Provincia Constitucional del Callao a unos 10 km del Centro Histórico de Lima, en la Avenida Elmer Faucett s/n con la Avenida Tomas Valle. Es el más importante de nuestro país y de Sudamérica, dada su localización en la costa oeste e inició sus labores en 1965 para reemplazar al antiguo Aeropuerto de Limatambo. Desde esa fecha no recibió mayores cambios en su infraestructura, más allá de pequeñas remodelaciones. En el año 2001 el Gobierno Peruano, entrega en concesión el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez a Lima Airport Partners (LAP) con el fin de emprender su remodelación y ampliación. Para realizar estos trabajos se necesitó realizar un Estudio de Impacto Ambiental, como requerimiento indispensable para la mejoras a desarrollar en el Aeropuerto.

Más adelante, en noviembre del 2001, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones aprueba el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto de la Remodelación de las Instalaciones del

Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, presentado por la empresa Lima Airport Partners S.R.L., en adelante LAP, concesionaria del Aeropuerto. Como base del estudio se tomó el “Estudio de la Situación Ambiental en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (Parsons, 1999) realizado previamente a la concesión. Paralelamente a la ejecución de las tareas para el EIA el Consorcio Golder ERM realizó auditorías ambientales de tipo Fase I, Fase II y Fase III (Golder / ERM, 2001). Para el Estudio de Impacto Ambiental vigente se consideraron las actividades y obras de los primeros 6 años de concesión.



Los problemas generados por la actividad aeroportuaria del Aeropuerto Jorge Chávez radican en que el Estudio de Impacto Ambiental no contiene un **Plan de Control de Ruidos con participación ciudadana y realizado por una autoridad nacional**, a pesar de ser el impacto más importante que se ha identificado en el EIA que se intensifica con el aumento de tráfico aéreo. Lo peor es que no existe una correcta definición de las áreas de influencia (directa e indirecta) del Proyecto, por lo que la alteración repercute no solo en las zonas aledañas si no en el ámbito distrital de Carmen de la Legua, Bellavista, y La Perla. Es decir, increíblemente se menciona a poblaciones muy cercanas más no se toma en cuenta a poblaciones por donde se dan las rutas de las aeronaves como por ejemplo las urbanizaciones Proción, Virú, Santa Cecilia o Las Águilas, entre otras, afectadas por el ruido ocasionado por el sobrevuelo de aviones.

Lamentablemente, ni el Ministerio de Transporte y Comunicaciones en su momento, ni ahora el Ministerio del Ambiente, han aprobado los Límites Máximos Permisibles de sonido y vibraciones emitidas por las actividades de vuelo en el aeropuerto internacional Jorge Chávez, lo que genera un estado de indefensión, al estar imposibilitados a solicitar supervisiones, controles o sanciones por ruidos y vibraciones derivados del sobrevuelo de aviones, al no existir los límites a controlar, perjudicándose así irremediabilmente su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, y a la garantía de protección judicial, pues sin límites máximos permisibles aprobados resulta imposible que se configure el delito de contaminación sonora. Peor aún, sin valoración económica ambiental realizada en el EIA, resulta infructuosa una solicitud judicial con relación a la indemnización por los daños al ambiente, a las personas y a sus propiedades por el daño que causa la contaminación sonora, salvo que se considere solo daño moral, y no el patrimonial.

AUTORIDADES AMBIENTALES INVOLUCRADAS EN LA CONTAMINACIÓN SONORA PRODUCIDA POR EL SOBREVUELO DE LOS AVIONES EN LA PROVINCIA CONSTITUCIONAL DEL CALLAO Y SAN MIGUEL

AUTORIDADES	FUNCIONES
Ministerio de Transportes y Comunicaciones	<ul style="list-style-type: none"> • Autoridad competente para fomentar, planificar y asegurar un servicio eficiente y seguro de transporte la navegación aérea civil dentro del territorio nacional fiscaliza y supervisa el cumplimiento del marco normativo relacionado con el ámbito competente. • Supervisa la construcción, mejoramiento, ampliación y rehabilitación de los aeropuertos comprendidos dentro de la red aeroportuaria nacional. • Da autorizaciones para modificar, clausurar o construir aeródromos según la Ley Nº272615, Ley de Aeronáutica Civil del Perú. • Órgano encargado de ejercer la autoridad ambiental dentro del MTC y se encarga de develar por el cumplimiento de las Normas Socio-Ambientales según Art.73, D.S. Nº 021-2007 MTC. • Encargado de supervisar los aspectos socio ambiental de los proyectos en concesión en coordinación con la Dirección de Concesiones de Transporte del MTC. • Evalúa, los estudios de impacto ambiental • Busca garantizar la participación de la población en los proyectos, sector transporte. • Autoridad competente que según su observación emitirá la resolución que apruebe o desapruebe dicho estudio de impacto ambiental indicando consideraciones técnicas y legales que apoyen la decisión según Art. 12 de la Ley 27446.
Ministerio de Salud	El ministerio de Salud a través de la Dirección General de Salud Ambiental (DIGESA) realiza la evaluación de los programas de vigilancia de la contaminación sonora, prestando apoyo a los municipios. (Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental para Ruido, Título III Del Proceso de Aplicación de los Estándares Nacionales de Calidad Ambiental para Ruido Capítulo 1 De la Gestión Ambiental de Ruido, Artículo 14º De la Vigilancia de la Contaminación Sonora).
Gobierno Regional del Callao:	<p>En la Ley orgánica de Gobiernos Regionales: Ley N° 27867 artículo 53° se establecen las funciones en materia ambiental y de ordenamiento territorial como son:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Formular, aprobar, ejecutar, evaluar, dirigir, controlar y administrar los planes y políticas en materia ambiental y de ordenamiento territorial, implementar el sistema regional de gestión ambiental. • Controlar y supervisar el cumplimiento de las normas, contratos, proyectos y estudios en materia ambiental y sobre uso racional de los recursos naturales, etc.
El MINAM y PCM:	<ul style="list-style-type: none"> • Conducir y supervisar la aplicación de la política Nacional de Ambiente en el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental.

- Requerir información y emitir opinión técnica de oficio, respecto de cualquier acto administrativo, incidente, procedimiento u otro relacionado con el SEIA, que a su criterio considere, y requerir a la autoridad competente, cuando corresponda, su adecuación y sujeción a los lineamientos, normas y demás dispositivos del SEIA.
- Revisar de manera aleatoria los EIA de los proyectos aprobados por las autoridades competentes que conforman el SEIA.
- Elaborar y aprobar los Estándares de Calidad Ambiental (ECA) y Límites Máximos Permisibles (LMP), de acuerdo con los planes respectivos

En ese sentido, la ausencia de dispositivos legales e instrumentos de gestión ambiental idóneos y actualizados, contraviene el artículo 2º de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la cual indica que “si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.” Si tenemos en cuenta que para otorgar protección judicial, deben previamente aprobarse normas administrativas y técnicas que posibiliten la acción judicial, la ausencia de límites máximos permisibles por el ruidos ocasionado por el sobrevuelo de aviones, de plano, y de manera continuada anula la posibilidad de la población afectada de poder denunciar la contaminación sonora en sede penal, y peor aún, en sede administrativa, con lo cual tutela jurisdiccional efectiva de la población afectada por el ruido de los aviones, por inacción del Estado queda restringida al ámbito civil, y constitucional.

Sin embargo, al no haberse realizado en el Estudio de Impacto Ambiental, la valoración económica ambiental, y de plano el Ministerio del Ambiente negarse a las solicitudes para realizarla, y aprobar la metodología del caso, se está afectando directamente la tutela jurisdiccional efectiva a la propiedad, pues las poblaciones que ven afectadas sus propiedades con el ruido de aviones, materialmente será casi imposible que reclamen una compensación económica por la disminución de valor económico de sus bienes producto de la contaminación sonora, debido a la ausencia de los estudios técnicos del caso.

Lo propio se puede decir de los efectos negativos que producen a la salud la contaminación sonora por el ruido de aviones en zonas urbanas, pues siendo obligación del Estado, a través del Ministerio de Salud, y el Gobierno Regional del Callao, elaborar y ejecutar los planes de contaminación sonora, y planes epidemiológicos, para prevenir los males que se producen debido a la contaminación sonora, al no existir estos, ello dificultará la protección del derecho a la salud de las poblaciones afectadas, que no cuentan con los recursos económicos para hacerlos y tampoco es su responsabilidad. Lo peor, es que una salida para corregir dichas irregularidades es la actualización del Estudio de Impacto Ambiental del Aeropuerto Jorge Chávez, sin embargo, el Ministerio de Transporte y Comunicaciones, se muestra renuente a llevar a la práctica dicha solución.

Todo ello nos lleva a concluir que las omisiones en sus funciones del Ministerio del Ambiente, Ministerio de Salud, Gobierno Regional del Callao, y Ministerio de Transportes y Comunicaciones, están generando, una afectación directa y continua a la protección judicial, además de las afectaciones a la salud, a su integridad moral, psíquica, al libre desarrollo y bienestar; a la paz, a la

tranquilidad, al disfrute del tiempo libre, al descanso, a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, participación ciudadana, y a la propiedad. Recordemos, que el numeral 1 del artículo 25º de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece *“toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.”* Resulta evidente, que si el Estado, a través de las entidades competentes (MINSA, MTC, MINAM, y Gob. Reg. Callao), no aprueba las normas técnicas del caso, ni implementa las medidas previas, indispensables para defender un derecho fundamental en sede judicial, esta de plano anulando, la garantía de la protección judicial en sede penal, civil e incluso constitucional como el propio Tribunal Constitucional lo ha constatado en su oportunidad (STC Nº 6219-2006-PA/TC).

Si la prueba más importante debió ser elaborada por las entidades demandadas, resulta absolutamente absurdo que sea esa misma omisión la que exonere de sus obligaciones y responsabilidades a los demandados. Además advirtamos que el numeral 2 inciso b) del artículo 25º de la Convención Americana de Derechos Humanos, ***“establece que los Estados Partes se comprometen a desarrollar las posibilidades de recurso judicial,”*** implica claramente que las condiciones previas para ejercitar las acciones judiciales estén garantizada, y que en la práctica no se esté privando a los afectados de tutela jurisdiccional efectiva. En los hechos la ausencia de límites máximos permisibles por el ruido ocasionado por el sobrevuelo de aviones en zonas urbanas, la ausencia de planes de control de contaminación sonora, la ausencia de un plan epidemiológico de contaminación sonora, la desidia para actualizar el Estudio de Impacto Ambiental del AIJCH, la ausencia de voluntad para realizar una valoración económica ambiental, la ausencia de reglamento de protección ambiental del sector de transporte y comunicaciones, y la no adecuación del citado sector al Decreto Supremo Nº 019-2009-MINA, Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, están ocasionando que las posibilidades de utilizar un recurso judicial se reduzca al mínimo como sería una acción de amparo.

Recordemos que el Estudio de Impacto Ambiental, no proveyó a las poblaciones aledañas al AIJCH afectadas por ruidos de una verdadera participación ciudadana, al punto que no existió ninguna Audiencia Pública al respecto. Se ha evidenciado que no existió participación ciudadana, lo cual ha generado el descontento de la población aledaña llegando hasta las instancias legales. Tampoco se realizó un estudio más completo sobre la contaminación sonora ocasionada por actividades aeroportuarias. El estudio que se hizo sólo abarcó la zona de despegue y aterrizaje, no incluyó estudios de ruidos en las zonas periféricas (distritos de Bellavista, Carmen de la Legua, La Perla, y San Miguel). El hecho de que cambien los horarios de los vuelos y la dirección de estas no es suficiente porque la población aledaña no ha sido tomada en cuenta en lo referido a la medición de ruidos. No tiene bien definido a su stakeholders o población directamente afectada por el proyecto. Asimismo, no detalla específicamente las ampliaciones de servicios, ¿cómo se encuentra antes del Proyecto? y en ¿cuántos se proyecta hasta un máximo, relacionando con los números de vuelos mínimo y máximo? Dichas especificaciones son muy importantes para la adopción de medidas para la mitigación de ruidos de aviones, y sin embargo el EIA del Aeropuerto Jorge Chávez, y el Ministerio de Transporte y Comunicaciones, no las exigió.

En el EIA no se cuantifica la eficiencia de las medidas de mitigación y control de cada uno de los impactos negativos altos. Siendo el aumento del nivel de ruido ocasionado por aeronaves, el más

significativo, no establece en que porcentaje o medida se mitigara este impacto, a su vez tampoco establece la frecuencia con la que estas medidas son realizadas en la actualidad. Por otra parte, la señalización del área de ruido es muy genérica, solo habla del despegue y aterrizaje (conos) pero no de su trayectoria de ruta, tampoco indica el mínimo y máximo de ruido que ocasionará, en ningún momento lo menciona, un factor muy importante para su certificación, que luego servirá para su supervisión y monitoreo. Sobre las aéreas pobladas en el entorno del proyecto solo menciona a sus muy cercanos y deja de mencionar a las aéreas afectadas por el ruido como son las Urbanizaciones: Proción, Virú, Santa Cecilia, Las Águilas y otras, que son zonas urbanizadas.

El estudio menciona el impacto negativo del ruido, más no especifica los números de vuelos mínimo y máximo; lo cual es muy importante por la generación de ruidos. No especifica valores mínimo y máximo de decibeles para el despegue y aterrizaje de los aviones, ya que está demostrado que el ruido generado daña el sistema nervioso de los habitantes aledaños. De acuerdo a los resultados de ruido obtenidos para el EIA se sabe que el ruido producido por las aeronaves sobrepasa los límites permisibles según Ordenanza Municipal Nro. 00036 (2005) y el Reglamento Nacional de Calidad de Ruido aprobado por el Decreto Supremo N° 085-2003-PCM.

El EIA debe corregir y mejorar el Plan de Monitoreo Ambiental, pues este considera monitoreos periódicos de calidad de aire, emisiones, agua, ruido. Recordemos que el sonido provocado por las turbinas, a pesar de no ser constante, causa tensión, estrés y problemas al sistema auditivo para quienes viven cerca del aeropuerto. Solo considera como zonas afectadas las poblaciones en sus límites, mas no a las zonas urbanizadas cercanas, informar sobre las distancias consideradas en el área de influencia directa e indirecta. Tampoco se considera un plan específico de compensación ambiental o económica por ruido de los aviones, pues no se realizó una valoración económica ambiental de los impactos del ruido y las vibraciones, y dado que no se cuenta con una valoración económica ambiental para el proyecto, no se puede saber cuál es el monto de inversión que se debe asignar para la remediación de este pasivo, por lo que este debería ser un componente del EIA que debe ser actualizado.

El EIA se presenta de manera incompleta por no contar con planes de manejo ambiental para los impactos negativos. Es necesaria una actualización del Marco Legal del EIA, así como del contenido del mismo, como se encuentra detallado en los Anexos III y IV de la Ley del SEIA (Ley N° 27446): Términos de Referencia Básicos para EIA-sd y EIA-d, según sea el caso por eso no se hizo una consulta y participación ciudadana adecuada (Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM). Asimismo, es erróneo sólo considerar a la población afectada aquellas que se encuentran dentro de los límites del área reservada para la futura expansión del aeropuerto, ya que debido a la magnitud del proyecto y sus impactos la población afectada debe incluir zonas aledañas al Aeropuerto. Se debe por ello regularizar este tema realizando una consulta y participación ciudadana a la población afectada.

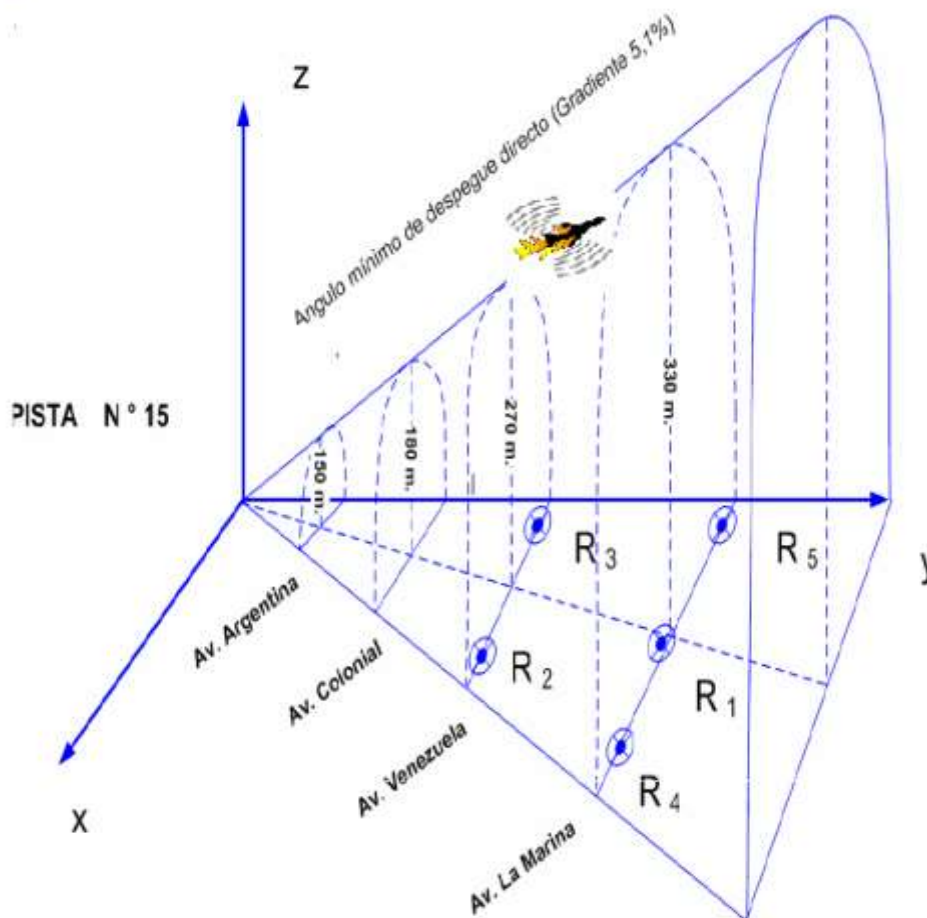
En el “Plan de Control de Ruidos” LAP se compromete en alentar a las aerolíneas a cumplir con las normas internacionales de niveles de ruido a la vez de hacer un respectivo seguimiento; actualmente ya se han cumplido los plazos para acogerse a dichas normas y los problemas de ruido por aeronaves persisten. De otra parte se describe un horario de vuelos entre las 11:00 pm y 6:00 am así como el procedimiento de despegue propuesto por CORPAC para mitigar el efecto del ruido; a pesar de todo esto hasta la fecha el problema del ruido de la aeronaves persiste. Y lo peor

de todo falta de reglamentación sobre los Límites Máximos Permisibles de sonido emitido por las actividades de vuelo en el aeropuerto internacional Jorge Chávez.

Debido al poco interés de las autoridades administrativas demandadas sobre los efectos negativos que causan la contaminación sonora provocada por los aviones, que es una fuente de elevados niveles de presión sonora se está afectando zonas urbanas aledañas, con mayor influencia durante los despegues de las aeronaves. Todo ello revela la falta de seguimiento, control, y corrección de los impactos negativos sobre la salud del ambiente por la empresa LAP. Así, queda claro, que el problema de los ruidos ocasionado por el sobrevuelo de aviones no ha sido analizado en toda su complejidad, solo han hecho las mediciones sonoras en torno a los vuelos y despegues dentro de las instalaciones del aeropuerto, olvidando a la población aledaña directa (los asentamientos humanos contiguos al aeropuerto) e indirecta (los distritos de Carmen de la Legua, Bellavista, La Perla, San Miguel). También es evidente que no se ha realizado un proceso participación ciudadana como es debido, informando y haciendo participe a la población con respecto a las obras que se van a realizar en el aeropuerto. Por otra parte, se requiere que durante la operación del aeropuerto Jorge Chávez, LAP se presenten en forma mensual un reporte del monitoreo diario de los ruidos ocasionados por el despegue y aterrizaje de los aviones en diversos puntos en las zonas aledañas al aeropuerto. Estos puntos de monitoreo deberán ser fijadas en coordinación con la Municipalidad Provincial del Callao.

No se ha establecido una capacidad de carga para el ruido generado por el sobrevuelo de aviones en las zonas afectadas por dicha problemática, pues en el caso que se admite como posible el ingreso de aviones por la ciudad (pista 15), por un tema de seguridad de tripulantes y pasajeros, se debe establecer cuanto es el número máximo de vuelos que pueden realizar en esas condiciones sin afectar gravemente la salud, tranquilidad, paz y propiedades de las poblaciones aledañas. El principio de ponderación nos debe llevar así a establecer que si bien las razones para salir por la pista 33 son razonables en aras a salvaguardar la seguridad de los pasajeros, no puede ello vaciar de contenido los derechos a la salud, ambiente sano y equilibrado, paz, tranquilidad y propiedad de las poblaciones afectadas por el ruido ocasionado por el sobrevuelo de aviones. Esta ponderación solo se lograra, estableciendo cuantos son los vuelos máximos permitidos que salgan excepcionalmente por la pista 15, y los horarios en que están prohibidos de plano hacerlo, como las horas de descanso, o en las mañanas, y de hacerlo deberá establecerse una compensación económica por el daño que se ocasione a la calidad de vida, derechos fundamentales, y propiedades, como forma de desalentar la utilización de la pista 15.

Así queda claro que es necesario que se haga un verdadero análisis sobre el impacto del ruido provocado por los aviones en su despegue y aterrizaje no solo dentro del aeropuerto sino en las zonas aledañas directas y distritos contiguos para que las acciones de mitigación tengan un mejor resultado, para efectos de proteger los derechos fundamentales de las poblaciones afectadas por el ruido de los aviones. La solución a esta problemática de afectación de derechos fundamentales de una colectividad tales como la salud, a su integridad moral, psíquica, al libre desarrollo y bienestar; a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre, al descanso, a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, participación ciudadana, y a la propiedad de los habitantes de los distritos de San Miguel, Bellavista, especialmente en la Urbanización Proción que es una la zonas más críticamente afectada, la Perla, y Carmen de la Legua.



3.4. PRESUPUESTO PARA REALIZAR LITIGIO ESTRATEGICO: LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y LA INVESTIGACIÓN

Uno de los problemas más gravitantes de las grandes urbes del mundo es la contaminación sonora que progresivamente y que de manera furtiva se apodera de cada uno de los espacios personales, íntimos, y públicos que tenemos, y los corrompen con ruidos molestos, que ya interfieren nuestras comunicaciones, y afectan la capacidad auditiva de las poblaciones expuestas a los impactos y vibraciones provenientes de vehículos aéreos, terrestres, maquinarias, y actividades productivas, sin ir demasiado lejos, la Provincia Constitucional del Callao, padece además del ruido generados por camiones, buses, autos privados, motos, y ferrocarriles, además de la industrias, de una contaminación muy particular, como es la generación de la contaminación sonora y vibraciones producidas por el sobrevuelo de aviones que ha venido azotando los distritos de Carmen de la Legua, La Perla, Bellavista, y San Miguel, este último perteneciente a la ciudad de Lima.

Durante muchos años, el Municipio Distrital de Bellavista y colectivos locales intentaron hacer frente a la problemática de la contaminación sonora producida por el sobrevuelo de aviones con escaso éxito, sin embargo, su persistencia nos permitió tener los insumos y documentación necesaria para desarrollar litigio estratégico como jamás antes se había intentada para el caso

específico, y que se inició pacientemente primero en el plano administrativo, luego en el ámbito penal y finalmente en el fuero constitucional como veremos más adelante.



3.5. EL ACCESO A INFORMACIÓN PÚBLICA Y EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA

3.5.1. DERECHO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Durante el Periodo del Presidente Alejandro Toledo, se dio un importante paso – aunque incompleto- para garantizar el derecho a la ciudadanía a estar informado. Se dio la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y acceso a la Información Pública, publicada el 3 de Agosto del 2002, que entró en vigencia en enero del 2013.²⁰⁵ Aunque, dicha ley fue reformada al mes siguiente ya que limitaba a la Defensoría del Pueblo en sus acciones, por lo que interpusieron una Acción de Inconstitucionalidad por lo que la Ley N° 27806 fue modificada por la Ley N° 27927 publicada el 24 de Abril del 2003. Esta modificatoria ha hecho que se trata de una norma que fomenta el acceso ciudadano a la información y la transparencia en las entidades públicas, es por eso que sus disposiciones son tan detalladas, ya que lo que se cuidó fue evitar la “Cultura del Secreto”. El Derecho al Acceso a la Información Pública, no es limitado y las únicas excepciones para este, se encuentran especificadas en nuestra constitución, siendo que afecte la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. Artículo 2 “A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.” Se puede señalar que el derecho a obtener información, tal como está concebido en nuestro ordenamiento constitucional, consiste básicamente en el derecho a buscar y obtener aquella información que no debe negarse por el Estado o, según el caso, por los particulares cuando estos ejerzan funciones públicas.

²⁰⁵ Defensoría del Pueblo. Informe Directoral N° 96 Balance de dos años de Vigencia de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública 2003 – 2004. Ed. De la Defensoría del Pueblo. Perú, 2005, p. 15.

Este es un derecho reconocido y tutelado de manera internacional y nacional. En el ámbito internacional existe tutela jurídica para este como es la Declaración Universal de los Derechos Humanos el cual señala que todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión, este derecho incluye el de no ser molestado a causas de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, el de difundirlas, sin limitaciones de frontera, por cualquier medio de expresión. También se encuentra en El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos donde dispone que Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, el cual comprende la libertad de busca, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, El pacto de San José donde toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, esto quiere decir que puede difundir, recibir y buscar información de toda índole. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos donde señala que el Acceso a la Información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos.

3.6. LAS ACCIONES DE CONTROL COMO INSTRUMENTO DE INCIDENCIA

3.6.1. CONCEPTO DE CONTRALORÍA

Es el ente técnico rector del Sistema Nacional de Control, dotado de autonomía administrativa, funcional, económica y financiera, que tiene por misión dirigir y supervisar con eficiencia y eficacia el control gubernamental, orientando su accionar al fortalecimiento y transparencia de la gestión de las entidades, la promoción de valores y la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como, contribuir con los Poderes del Estado en la toma de decisiones y con la ciudadanía para su adecuada participación en el control social. No puede ejercer atribuciones o funciones distintas a las establecidas en la Constitución Política, en esta Ley, las disposiciones reglamentarias y las normas técnicas especializadas que emita en uso de sus atribuciones.²⁰⁶

Por último, nuestra Constitución Política, en su artículo 82 establece que, “la Contraloría general de la República es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control, supervisa la legalidad de la ejecución del presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control. El Contralor General es designado a propuesta del Poder Ejecutivo, por 7 años”.

3.6.2. ACCIÓN DE CONTROL

En el dominio de Contraloría General de la República se encuentra sus Acciones de Control, las cuales pueden ser: Control Previo, Control Preventivo y Control Posterior; es por medio de estas acciones que la Contraloría puede pedir información a Entidades Públicas para que cumplan con sus deberes.

Estas acciones de control, pueden encontrarse planificadas y forman parte del Plan Anual de Control Aprobado mientras que, las acciones no planificadas son aquellas que se originaron por diversos factores tales como pedidos del Titular de la Entidad, de la Contraloría, del Congreso, etc.

²⁰⁶Presentación. Contraloría General de la República. En: <https://apps.contraloria.gob.pe/dv/competencias.htm> (Consultado 05/09/2013)

CONTROL PREVIO	<p>Supervisión de Obras Públicas: Consiste en la autorización previa de la ejecución y pago de las prestaciones adicionales de Obra</p> <p>Endeudamiento: Informes previos para las operaciones, fianzas, avales y otras garantías que otorgue el Estado, incluso los proyectos de contrato, que comprometan su crédito o capacidad financiera.</p> <p>Adquisiciones de Orden Interno: Opinión previa de la Contraloría General en adquisiciones y contrataciones con carácter de secreto militar u orden interno exoneradas de licitación pública, concurso público o adjudicación.</p>
CONTROL PREVENTIVO	<p>Constituye una modalidad de Control Preventivo que implica la acción de presenciar el desarrollo de las operaciones o actividades a cargo de la Entidad, cumpliendo tres finalidades principales:</p> <ul style="list-style-type: none"> i) Alertar al Titular de la Entidad o quien haga sus veces, de la existencia de riesgos que pudieran afectar la transparencia, probidad o cumplimiento de objetivos y de la normativa correspondiente; ii) Disuadir intentos de actos de corrupción; iii) Recabar información que será utilizada para fines del control posterior, de ser el caso. <p>La veeduría será ejecutada de manera selectiva a algunas actividades comprendidas en las operaciones llevadas a cabo por la entidad.</p>
CONTROL POSTERIOR	<p>EXAMEN ESPECIAL.- Se llama así examen especial a la auditoría que combina la auditoría financiera con la Auditoría de gestión (que es la verificación del manejo de los recursos presupuestarios de un período dado), determina si la programación y formulación presupuestaria se ha efectuado en función de las metas establecidas en los planes de trabajo de la entidad, evalúa el grado de cumplimiento y eficiencia de la ejecución del presupuesto, etc. Asimismo, se efectúan exámenes especiales para investigar denuncias de diversa índole y ejercer el control de donaciones recibidas así como de los procesos licitatorios, del endeudamiento público y cumplimiento de contratos de gestión gubernamental, entre otros.</p> <p>AUDITORÍA DE GESTIÓN.- Evalúa el grado de economía, eficiencia y eficacia en el manejo de los recursos públicos, el desempeño de los servidores y funcionarios del Estado además, determina si la entidad adquiere, protege y emplea sus recursos de manera económica y eficiente, establecer las causas de ineficiencias o prácticas antieconómicas y evaluar si los objetivos de un programa son apropiados, suficientes o pertinentes y el grado en que produce los resultados deseados.</p>
ACTIVIDADES DE CONTROL	<p>Estas acciones ejercidas por la Contraloría General, son las acciones rápidas, el control social, las denuncias, participación ciudadana y el control macro.</p>

El día 2 de Enero del 2010, el instituto IDLADS Perú solicita ante la Contraloría que instruya al órgano de Control del MINAM y del MTC a fin de que determinen responsabilidades administrativas por la ausencia de límites máximos permisibles al ruido ocasionado por el sobrevuelo de los aviones en zonas urbanas, lo cual es fundamental para poder velar por la correcta fiscalización de la contaminación sonora aeronáutica en zonas urbanas y salvaguardar la salud de las poblaciones aledañas a los aeropuertos. En Diciembre del mismo año, haciendo uso de sus funciones, la Contraloría le comunica al instituto IDLADS Perú que, tanto el MINAM y el MTC se encuentran desarrollando medidas correctivas pero hasta la fecha, aún no se sabe cuáles son.

De acuerdo con la ley que modifica la ley n° 27785 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, se amplía las funciones de esta en el proceso para sancionar la irresponsabilidad en materia de responsabilidad administrativa funcional; es decir, se puede concluir que las omisiones funcionales de autoridades con las competencias ambientales

pueden ser sancionadas por la Contraloría General de la República, en tanto que, que el OEGA solo puede supervisar y fiscalizar a dichas entidades ambientales, y al carecer de potestad sancionadora, debería coordinar con la Contraloría General para efectos de posibilitar un mejor desempeño del sistema de control u fiscalización ambiental del Estado.²⁰⁷ Es decir, la contraloría puede ejercer potestad sobre los servidores y funcionarios públicos excepto, las autoridades elegidas por votación popular, los titulares de los organismos constitucionales autónomos y autoridades que cuenten con la prerrogativa del antejuicio político. En tal sentido, puede sancionar a las autoridades con competencias ambientales por omisión de sus funciones como por ejemplo, al procurador del Ministerio de Transportes y Comunicación debido a la falta de elaboración de los límites máximos permisibles al ruido ocasionado por el sobrevuelo de los aviones en zonas urbanas, ya que implica omisiones como aprobar instrumentos de gestión ambiental, certificaciones, autorizaciones, permisos o la emisión de opiniones técnicas.

La Contraloría General de la República tiene entre sus competencias la de fiscalizar que las entidades públicas cumplan con sus deberes funcionales, asegurándose que aplique el presupuesto asignado a dichas tareas, mediante auditorías y acciones de control, fue así que el IDLADS el **22 de noviembre del 2009** se acerca a la Contraloría General de la República a fin de solicitar inicie una acción de control no programada al Ministerio de Transporte y Comunicaciones por las deficiencias detectadas en el EIA del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez”. Dicha solicitud la reitera IDLADS el **30 de noviembre del 2009**, a fin de determinar responsabilidades administrativas del caso, y adopción de las medidas correctivas correspondientes. Posteriormente, el **02 de enero del 2010**, el IDLADS solicita a la **Contraloría General de la República del Perú**, instruya al Órgano de Control del Ministerio del Ambiente, y del Ministerio de Transporte y Comunicaciones, a fin de que determinen responsabilidades administrativas por la ausencia de límites máximos permisibles al ruido ocasionado por el sobrevuelo de aviones en zonas urbanas, cuestión fundamental para poder velar por la correcta fiscalización de la contaminación sonora aeronáutica en zonas urbanas y salvaguardar la salud de las poblaciones aledañas a los aeropuertos, y dicha solicitud, se vuelve a reiterar el **22 de marzo del 2010**.

A tanta insistencia, el **17 de agosto del 2010**, la **Contraloría General de la República del Perú**, remite al IDLADS el Oficio N° 00626-2010-CG/SGE, donde deja constancia que nunca se ha practicado una acción de control al Estudio de Impacto Ambiental del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, sin embargo, ha requerido información a las entidades públicas responsables de la fiscalización y supervisión, tales como: el MTC, el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público-OSITRAN y el Ministerio de Ambiente. Así, la Contraloría reconoce que ha tomado conocimiento de lo siguiente:

- a) Que el Ministerio de Transporte y Comunicaciones ha reconocido que no se cuenta con ECAs de las zonas aledañas del aeropuerto, y que se requiere actualizar el Estudio de Impacto Ambiental del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.
- b) Igualmente se precisa que la **Dirección General de Asuntos Socio Ambientales** del Ministerio de Transporte y Comunicaciones reconoce sobre la participación ciudadana del Estudio de

²⁰⁷ Henry Carhuatocto Sandoval. Informe Legal sobre el desarrollo de las operaciones de hidrocarburos del Consorcio Camisea en las áreas naturales protegidas involucradas, p. 36.

Impacto Ambiental del Aeropuerto Jorge Chávez, que la *“consulta ciudadana del EIA-2002, la misma se refiere de manera general el tema de participación ciudadana, fecha en la cual no se habían definido procedimientos y mecanismos de consulta y participación, por lo que la normatividad no exigía un proceso de participación ciudadana, por lo que la normatividad no exigía un proceso de participación previa como requisitos para la aprobación del EIA, razón por que el EIA no incluye actas de audiencia públicas.”*

- c) Se deja constancia que la **Dirección General de Asuntos Socio Ambientales** del Ministerio de Transporte y Comunicaciones reconoce que actualmente se “viene trabajando en la adecuación de la normatividad sectorial según el Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM que aprueba el Reglamento sobre Transparencia, acceso a la información pública ambiental y consulta ciudadana en asuntos ambientales, para lo cual se recomienda tener en consideración la adecuación del tema de participación ciudadana en estudios de impacto ambiental aprobados en años anteriores al 2004.” Incluso la Contraloría General de la República, mediante Oficio No 00074-2010-CG/MAC, requirió al Ministerio de Transporte y Comunicaciones actualizar el EIA-2002, según la Ley 27446-Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental y su reglamento.
- d) Se deja constancia que con relación a *“los límites máximos permisibles de ruido de la actividad aeroportuaria, el MINAM mediante la Resolución Ministerial No 121-2009-MINAM ha aprobado el Plan de Estándares de Calidad Ambiental (ECA) y Límites Máximos Permisibles (LMP), encargando a su Dirección General de Políticas, Normas e Instrumentos de Gestión Ambiental, realizar las coordinaciones necesarias para el cumplimiento del referido Plan, y a la fecha, se encuentra en proceso de revisión, y sin aprobación pese al tiempo transcurrido.”*
- e) Asimismo, la Dirección General de Políticas, Normas e Instrumentos de Gestión Ambiental del Ministerio del Ambiente, precisa que “a la fecha se cuenta con un proyecto de decreto supremo que aprueba los niveles de ruido de las aeronaves de ámbito comercial, la cual se sustenta en la R.D. No 103-2002-MTC/15.16 del MTC, normas de nivel internacional sobre la materia y el Anexo 16 de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), esta se encuentra en proceso de revisión por el MINAM para su envío al MTC, tal como lo establece el Decreto Supremo N° 1023.”

3.7. LA DENUNCIA PENAL COMO MECANISMO PARA RECABAR PRUEBAS E INFORMACIÓN RELEVANTE

Con la información acumulada de las solicitudes de acceso a la información así como producto de la persistente denuncia interpuesta en la Contraloría General de la República, el IDLADS el **01 de enero del 2010**, efectúa la denuncia por contaminación sonora por ruido ocasionado por el sobrevuelo de aviones en el Callao contra los funcionarios del Ministerio de Transporte y Comunicaciones, y el concesionario del aeropuerto ante la **Fiscalía Provincial en Prevención del Delito y en materia ambiental en el Callao**. Posteriormente, con fecha **26 de julio del 2010**, la citada Fiscalía resuelve el caso, de la siguiente forma: “Que, la norma del artículo 304º del Código Penal, es un tipo en blanco que requiere ser complementada a través de otras normas para definir la conducta delictiva, además se requiere de un informe fundamentado de la autoridad ambiental que sustenta la afectación del Medio Ambiente; en tal sentido las autoridades ambientales competentes según lo determinado por el Organismo de Evaluación y Fiscalización

Ambiental OEFA, esto es la DGAC y DGASA del MTC, han concluido que **no existen Estándares de Calidad Ambiental (ECAs) para el impacto de ruido ocasionado por la actividad aeroportuaria, tampoco se ha elaborado límites máximos permisibles** para dicha actividad por parte de las autoridades del sector, situación que determina que no exista sustento concreto para establecer la afectación del medio ambiente, (...)” en consecuencia señala que “por no contarse con indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito; por lo que se resuelve: declarar NO HA LUGAR A FORMULAR DENUNCIA PENAL contra Lima Airport Partners por contaminación del ambiente (...) y contra la Dirección General de Asuntos Socio Ambientales – DGSA y contra la Dirección General de Aeronáutica Civil – DGAC por delito de omisión de funciones.”

Posteriormente, con fecha **06 de agosto del 2010**, el IDLADS interpone un recurso de queja contra la citada Disposición Fiscal. Finalmente, con fecha **15 de noviembre del 2010**, la Fiscalía Superior Penal Transitoria del Callao, declara infundado el citado recurso basado en que no existen Estándares de Calidad Ambiental-ECAs, para determinar el impacto de ruido ocasionado por la actividad aeroportuaria ni tampoco se han elaborado límites máximos permisibles para dicha actividad, lo que permitiría afirmar que no existen normas específicas, que hayan sido transgredidas por los investigados, y donde se encuentre positivizado el sustento concreto para establecer la afectación del medio ambiente; (...)”; “Undécimo.- En esta línea de ideas se podría afirmar que si bien se ha acreditado la existencia de ruidos producto de la actividad aeroportuaria en los distritos aledaños al Aeropuerto Internacional Jorge Chávez; también lo es que al no existir una norma específica que regule respecto la emisión de ruidos generados por aeronaves, estos no podrían ser objeto de una denuncia penal (...).”

La denuncia penal pese a no haber conseguido responsabilizar por la contaminación sonora ocasionada por el sobrevuelo de aviones en el Callao, ni a los funcionarios que debieron evitarlo desde el Ministerio de Transporte de Comunicaciones, y menos al concesionario del aeropuerto que no contemplo en el Estudio de Impacto Ambiental medidas de prevención, compensación e indemnización correspondiente por dicho concepto, si permitió, obtener información fundamental sobre el estado de la problemática, y dejar constancia de una palmaria realidad, que la constituía la inexistencia de límites máximos permisibles para la contaminación sonora y vibración ocasionada por el sobrevuelo de aviones, y eso dejaba limpio el camino para la residual acción constitucional de amparo, la cual con dichos elementos tan contundentes fue admitida la demanda según consta en el Expediente N° 02065-2011-0-0701-JR-CI-05 en el Quinto Juzgado Especializado en lo Civil del Callao.

3.8. LA ACCIÓN DE AMPARO COMO MEDIO PARA ACTUALIZAR LOS ESTUDIOS DE IMPACTO AMBIENTAL Y LOS LÍMITES MÁXIMOS PERMISIBLES

La acción de amparo interpuesta para salvaguardar el derecho al acceso a la protección judicial, la salud, a su integridad moral, psíquica, al libre desarrollo y bienestar; a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre, al descanso, a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, participación ciudadana, y a la propiedad de los habitantes de los distritos de Bellavista, especialmente en la Urbanización Proción que es una la zonas más críticamente afectada, la Perla, y Carmen de la Legua (Callao) que vienen siendo afectados por la contaminación sonora y vibraciones ocasionadas por el sobrevuelo de aviones que despegan o aterrizan en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, es sin lugar a dudas, una acción de amparo ambiental muy importante

por enfrentar el mayor caso de contaminación sonora del Callao, que implica un conflicto socio ambiental por omisión de funciones estatales, y donde estaban involucradas cinco (05) entidades públicas; y una privada: el Ministerio del Ambiente, Ministerio de Transporte y Comunicaciones; Ministerio de Salud; Gobierno Regional del Callao, y la empresa estatal CORPAC; y al que se le suma el concesionario (LAP) como litisconsorte necesario.

AEROPUERTO JORGE CHAVEZ A FEBRERO DEL 2001



Adviértase, que en ejercicio de la legitimación reconocida por el inciso 2) del artículo 200° de la Constitución se interpone la demanda de acción de amparo en la que se solicita se ordene:

a) Al Ministerio de Transporte y Comunicaciones (MTC), a fin de que el mismo adopte medidas preventivas, mitigadoras, compensatorias y fiscalizadoras eficaces para mitigar los impactos negativos que ocasiona el ruido y vibraciones ocasionadas por el sobrevuelo de aviones en los distritos de Bellavista; la Perla; y Carmen de la Legua. Lo que incluye:

a.1) Cambio de ruta de los aviones que despegan y aterrizan en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, a fin de que no sobrevuelen zonas urbanas pobladas de los distritos afectados, salvo en situaciones muy excepcionales de fuerza mayor o caso fortuito debidamente probadas y reportadas a la autoridad nacional y la población afectada además de compensadas, tales como vuelos por emergencias regionales o nacionales, más no para vuelos comerciales, que pueden reprogramarse para otros horarios, o derivarse a aeropuertos alternos como el de Pisco.

a.2.) Prohibición absoluta de utilización de la pista 15 del aeropuerto Internacional Jorge Chávez, u otra pista alterna, que implique sobrevolar zonas urbanas pobladas de los distritos afectados, especialmente en horarios de estudio de escuelas, nidos y universidades, horarios de atención más frecuente de hospitales, horarios de descanso, en días no laborables y feriados, fines de semana (sábado y domingo), semana santa, fiestas patrias, navidad, aniversarios del distrito, y otras festividades nacionales o regionales.

a.3.) Establecer la capacidad de carga por contaminación sonora por sobrevuelo de aviones en los distritos afectados, que incluya frecuencia/ número máximo de aviones por hora, por día, semana y mes, que puedan ser autorizados a surcar excepcionalmente los distritos afectados, y aprobación de límites máximos permisibles correspondientes en zonas pobladas afectadas por la citada contaminación sonora.

- a.4.) Reprogramación de vuelos a fin de que el 100% de vuelos despeguen por la pista 33**, u otra alterna, que no surquen los distritos afectados, como medida optima para prevenir la contaminación por ruidos, vibraciones, monóxido de carbono y otros gases tóxicos emitidos por los aviones.
- a.5.) Implementación mecanismos de control de la contaminación sonora por el ruido ocasionado por el sobrevuelo de aviones diarias en zonas críticas de la Provincia Constitucional del Callao**, lo que implica instalación de sonómetros en dichas zonas, un plan de monitoreo y control de contaminación sonora aprobado, y la implementación de sanciones para quienes superen los límites máximos permisibles por contaminación sonora por sobrevuelo de aviones.
- a.6.) Implemente mecanismos de compensación ambiental y económica por contaminación sonora por sobrevuelo de aviones, con participación ciudadana**, entre los que se incluya una compensación in natura (medidas ad hoc para mitigar la contaminación sonora in situ, en las zonas afectadas), y el pago por los daños patrimoniales que ocasiona la contaminación sonora por sobrevuelo de aviones, así como el establecimiento de la capacidad de carga por ruido de aviones del espacio aéreo que se encuentra en zonas pobladas como los distritos afectados.
- a.7.) Actualizar el Estudio de Impacto Ambiental del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez**, a fin de que se incluyan en el mismo los mecanismos de prevención, compensación, mitigación, y fiscalización antes mencionados, y se actualicen los demás componentes desactualizados.
- a.8.) Emitir opinión técnica correspondiente para la aprobación de los límites máximos permisibles para la contaminación sonora ocasionada por el sobrevuelo de aviones en zonas urbanas**, con especial énfasis para el caso del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.
- a.9.) Suspenda y cancele las licencias de autorización de operaciones de aquellas aerolíneas que incumplan con las medidas de prevención, mitigación, y compensación**, que el demandado dicte o apruebe, como mecanismo idóneo para salvaguardar los derechos fundamentales objetos de afectación.
- b.) Al Ministerio del Ambiente (MINAM).**- a fin de que revise el Estudio de Impacto Ambiental del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, con el objeto de coadyuvar su actualización, al haber transcurrido más de 10 años, desde que se aprobó, y apruebe los límites máximos permisibles específicos para la contaminación sonora y vibraciones producida por el ruido de los aviones que sobrevuelan zonas urbanas pobladas de los distritos afectados. Asimismo se ordene al MINAM, realizar la valoración económica ambiental por la contaminación sonora y vibraciones ocasionada por el sobrevuelo de aviones en los distritos antes mencionados, producto de las operaciones aeroportuarias del citado Aeropuerto, a favor de las poblaciones afectadas.
- c.) Al Ministerio de Salud (MINS).**- a fin de que adopte medidas concretas para salvaguardar la salud de la población afectada por el ruido de los aviones, en los distritos afectados, lo que implica que elabore un estudio epidemiológico, a través de la Dirección General de Epidemiología en Salud Pública, sobre los efectos adversos a la salud pública que ocasiona el

ruido y vibraciones que ocasionado el sobrevuelo de los aviones de manera crónica en los últimos 20 años, además de implementar medidas de atención médica a la población afectada. Asimismo, se ordene que la Dirección General de Salud (DIGESA) y Dirección Regional de Salud del Callao (DIRESA Callao) realice los informes mensuales y anuales sobre la contaminación sonora ocasionada por el sobrevuelo de aviones y establezca programas locales de vigilancia y monitoreo de contaminación sonora por dicho emisor.

d) Al Gobierno Regional del Callao.- Apruebe e implemente un plan de control de ruido de los aviones en la Provincia Constitucional del Callao, que consista en instalar sonómetros en lugares estratégicos del distrito de manera permanente así como monitorear a las poblaciones afectadas por el ruido de aviones a fin de adoptar las medidas más adecuadas en resguardo de su salud y sus propiedades, y emitir en forma mensual un reporte del monitoreo diario de los ruidos ocasionados por el despegue y aterrizaje de los aviones en las zonas aledañas al aeropuerto más afectadas, especialmente en la urbanización Proción.

e) Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial (CORPAC).- Se le ordene que la reprogramación de vuelos, a fin de que el 100% de vuelos despeguen por la pista 33, u otra alterna, que no surquen los aviones el espacio aéreo de los distritos de Bellavista, Carmen de la Legua, y La Perla, como medida optima para prevenir la contaminación por ruidos, vibraciones, monóxido de carbono y otros gases tóxicos emitidos por los aviones. Además se le ordene implemente un Sistema para monitoreo de ruido de aeronaves (GEMS) con participación de la población afectada y las autoridades municipales locales.

Claramente, se observa que la pretensión del recurso de amparo, va traer consigo una inevitable modificación de la conducta omisiva de cinco entidades públicas, la implementación de mejores estándares socio ambientales, valoración económica ambiental, y mayor participación ciudadana en los Estudios de Impacto Ambiental de Aeropuertos, y además la implementación de límites máximos permisibles, y mecanismos de fiscalización ambiental, inexistentes actualmente. Ello sin duda va ser como un efecto dómينو en el levantamiento de estándares ambientales en el resto de sectores, especialmente cuando se vislumbra la aparición de un nuevo organismo público en materia ambiental: el Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles (SENACE).

3.9. LAS REPERCUSIONES DEL CASO DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL JORGE CHÁVEZ EN EL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

La importancia de la acción de amparo interpuesta en el caso de la contaminación sonora ocasionada por la actividad del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez en primer lugar se constituye en la primera acción judicial destinada a buscar: la actualización de un estudio de impacto ambiental, caduco desde hace cinco años; la aprobación de límites máximos permisibles por parte de las autoridades competentes; la valoración económica ambiental aplicada en una ciudad; la adopción de medidas preventivas, y compensatorias por los impactos negativos que generan las actividades aeroportuarias.

La repercusiones del caso, será significativas, pues abrirán las puertas para que otros estudios de impacto ambiental desfasados se actualicen, y en ese proceso, se implementen verdaderamente la participación ciudadana, y programas de compensación a favor de las poblaciones afectadas,

utilizando la técnica de la valoración económica ambiental, también constituirá un ejemplo a seguir en el resto de aeropuertos del país, que cuentan con estudios de impacto ambiental precarios o simplemente carecen de los mismos. En el fondo, la acción judicial, también estaría empujando la implementación del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, de cara a la adecuación al mismo de parte del Ministerio de Transporte y Comunicaciones.

CAPITULO IV

PROPUESTAS DE ACCIONES LEGALES DE IDLADS PARA EL 2015

4.1. PROPUESTA DE ACCIÓN DE AMPARO PARA TITULAR TERRITORIOS INDIGENAS EN LAS CUATRO CUENCAS DE LORETO



En enero del 2015 uno de los principales problemas para poder reivindicar y titular tierras indígenas no solo en el ámbito de las cuatro cuencas de la Región de Loreto sino a nivel nacional es la aparente imposibilidad legal de acuerdo a la normatividad de comunidades campesinas e indígenas, y la resistencia estatal de reconocer la propiedad originaria a los pueblos indígenas amazónicos, y menos derechos de propiedad ancestral sobre bosques y otros recursos naturales, especialmente porque incrementara los costos de transacción de las empresas mineras y petroleras al momento de establecer las servidumbres en territorio indígenas. Es en razón a ello que urge plantear una Acción legal que inaplique normatividad sobre titulación de tierras que afecte la propiedad comunal ancestral, para lo cual el IDLADS-PERÚ viene trabajando con el Instituto de Defensa Legal-IDL Juan Carlos Ruiz Molleda una estrategia legal para realizar una titulación integral del territorio indígena en el ámbito de la Región Loreto.



Los pueblos indígenas de las cuatro cuencas de la Región de Loreto vienen siendo afectados por más de 43 años con la contaminación de hidrocarburos lo cual ha afectado su salud individual y colectiva, los animales que cazan y pescan, su territorio indígena, y en general su derecho a un ambiente sano y equilibrado, en ese contexto se hace imponderable remediar los daños causados por dicha actividad económica extractiva, mediante el financiamiento de un estudio técnico cuyo objeto sea la construcción de un Plan de Remediación Integral de los lotes 1AB y 8X que sea mucho más completo que el Plan de Abandono del Área y el Plan de Descontaminación de Suelos. Los fondos para dicho Plan de Remediación deben provenir de lo recaudado por concepto de multas de Entidades Fiscalizadoras Ambientales a infractores ambientales del sector Hidrocarburos. Al amparo del Artículo 21 de la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental Ley N.- 28 245, así como de medidas de remediación en las zonas y población afectada. Adviértase que en la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental se establece que el Ministerio del Ambiente será el administrador de lo recaudado por concepto de multa y constituirá para tal fin un Fideicomiso. En ese sentido existen recursos económicos con los cuales se puede financiar el referido estudio, máxime si existe base legal que permite destinar estos fondos a la remediación de pasivos ambientales.

Con relación al Fideicomiso antes señalado se debe precisar que el mismo se constituyó mediante Decreto Supremo N.- 011-2011-MINAM, y que mediante Resolución Ministerial 90-2014-MINAM se reglamentó el citado Fideicomiso estableciéndose en su Artículo 3 que el mismo se compone de los recursos provenientes de las multas hechas efectivas como consecuencia de infracción de normas ambientales recaudadas por Entidades de fiscalización ambiental distintas a la OEFA, siendo este fondo intangible. Por otra parte el Artículo 15 del Reglamento del Fideicomiso constituido por Decreto N.- 011-2011-MINAM establece que los fondos del Fideicomiso se destinarán a realizar proyecto y/o actividades relacionadas a medidas de recuperación, descontaminación o rehabilitación de áreas degradadas e impulsar estrategias e iniciativas de conservación y de investigación

ambiental. En ese sentido los recursos de dicho fondo podrían destinarse al financiamiento de un Plan Integral de Remediación de pasivos ambientales en el ámbito del lote 1AB Y 8X.

Finalmente además de poder acudir a la Cooperación Internacional para financiar el Plan Integral de Remediación antes mencionado debemos considerar que de acuerdo al Artículo 4 de la Ley que regula los pasivos ambientales del sub Sector Hidrocarburos es el titular del proyecto quien genero los pasivos ambientales quien debe hacerse cargo de los costos de remediación del mismo, en los caso que no se puede identificar al responsable el Estado asumirá el costo de las medidas de remediación, por tanto si no asume Pluspetrol la responsabilidad de remediar los referidos pasivos ambientales tendrá que hacerse cargo de los mismo el Estado Peruano o el nuevo concesionario. No olvidemos que por Principio de Internalización de costos deber ser el titular del proyecto que género los pasivos ambientales quien debe asumir el financiamiento de los Instrumentos de Gestión Ambiental destinados a remediar los impactos negativos causados ello de acuerdo con el artículo VIII del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente.

4.3. PROPUESTA DE ACCIÓN DE AMPARO POR OMISIÓN DE CONSULTA PREVIA EN EL LOTE 108

En junio del 2014 el IDLADS toma conocimiento de las actividades de exploración que venía realizando PLUSPETROL en el ámbito del Lote 108 y nos preguntamos si dicha actividad había sido materia de Consulta Previa, y nos dimos con la ingrata sorpresa de que ni el establecimiento de Lote de Hidrocarburos, ni el otorgamiento de la concesión ni la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental, habían sido objeto de dicho procedimiento, no obstante que para el 2006 en que se otorga la concesión ya se encontraba vigente el Artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, por lo que para hacerla valer se podría interponer una Acción de Amparo por omisión de consulta previa y en busca de que se haga respetar el territorio indígena Asháninka y su libre autodeterminación.



4.4. PROPUESTA DE ACCIÓN DE AMPARO PARA SALVAGUARDAR LA INTEGRIDAD PAISAJISTICA MARINO COSTERA DE LA COSTA VERDE EN LIMA

La Costa Verde es un espacio de playa y mar ubicada dentro el Área Central Urbana de la Metrópoli Lima- Callao, el cual está integrada por el área urbana metropolitana y brinda a la población facilidades en servicios en turismo, recreación, deporte y cultura en condiciones de salubridad; asimismo, tiene como objetivo la recuperación y preservación de su paisaje natural y medio ecológico, revirtiendo los procesos de contaminación de su mar, playas y acantilados²⁰⁸. Lo cual se traduce en el disfrute del ambiente de manera equilibrada y adecuada para el desarrollo de la vida de la población.

Bajo ese contexto, definiremos cada punto de la siguiente manera:

1. **Servicios del Ambiente en sí mismo:** Es conjunto de áreas naturales y sus elementos constitutivos dedicados a usos no urbanos ni extractivos, que tiene como característica la presencia de formaciones ecológicas inexploradas o escasamente exploradas.
2. **Servicios de Recreación y Turismo:** Está orientado a la actividad físico-lúdico , con la intención fomentar hábitos en el marco del uso inteligente del tiempo libre de la comunidad, lo cual sirve para asegurar un ambiente sano y equilibrado a sus habitantes,
3. **Servicio de Deporte:** Está orientada a desarrollar y mantener nuestro organismo en la mejores condiciones (...) es un paliativo irremplazable frente a los diferentes problemas y males derivados de la sociedad moderna como la drogadicción y delincuencia; por lo que fomentar una cultura deportiva permite que se exprese y refleje en el espíritu, actitud y comportamiento de la población²⁰⁹.
4. **Servicio de Cultura:** Incorpora dentro de su contenido, el derecho de recreación, inspiración, educación y socialización



Bajo la determinación de estos cuatro puntos, los cuales mejoran la calidad de vida de los habitantes, resulta necesario que el Estado, a través del órgano competente, ejerza un conjunto de acciones de orden técnico, legal, humano, económico y SOCIAL para que proteja las áreas de vocación natural y recreación; toda vez que existen problemas que urgen sean atendidos.

²⁰⁸ Instrumento Metropolitano de Planificación emitido por la Autoridad del Proyecto de la Costa Verde: 1995-2010

²⁰⁹ Expediente N° 03574-2007-PA/TC

Por otro lado, tenemos a la Costa Verde como corredor vial vehicular, lugar de paso, el cual forma parte del Anillo Vial 5 de Lima Metropolitana, el mismo que fue evolucionando de acuerdo a la cronología de construcción de las vías²¹⁰ que a continuación se exponen:

- En la década de 1920 en Barranco y Chorrillos se inició la instalación de los primeros espigones y enrocados para inducir la formación de playas de arena.
- En la década de 1940 se comenzó a construir el club Waikiki en Miraflores con acceso vehicular casi hasta la base del acantilado. En esa misma década el club Regatas construyó los primeros espigones en el extremo sur de la bahía logrando crear sus primeras playas de arena.
- Para finales de los 70 se construyó la vía entre Armendáriz y la bajada Marbella conectando las playas de Miraflores con las de Barranco y Chorrillos.
- A partir de 2013 se está construyendo la sección de vía que conectará la Costa Verde con el Callao.

Estos corredores viales, ya culminados o en proceso de ejecución, obedecen a la necesidad de reducir el tráfico vehicular de la ciudad de Lima y mejorar la circulación actual de vehículos, lo que en suma significa el “ordenamiento del tránsito en la Costa Verde”. Situación que para el actual alcalde de la Municipalidad de Lima Metropolitana, Luis Castañeda Lossio, constituye el bienestar de la gran mayoría de la población de la capital.²¹¹



La problemática que se origina en base a lo explicado, es definir cuál de los dos intereses tiene mayor preponderancia; ya sea, el cuidado del medio ambiente con las consecuentes actividades de recreación o el ordenamiento del tráfico vehicular que se efectuaría sobre el mismo.

En ese sentido, el Plan Maestro de La Costa Verde indica, en relación al estado actual de la misma, que el enfoque de la Costa Verde como lugar de paso (vía expresa) y lugar de destino (actividades de recreación, deporte, cultura) resultan siendo “(…) visiones contradictorias en la práctica ya que el uso urbano que se está generando al borde de la pista, tal como se aprecia en las construcciones realizadas restringe el carácter de “expresa” de la vía; y por otra parte, la vía rápida afecta y condiciona negativamente la posibilidad de uso recreativo de los espacios a lo largo de su recorrido”²¹²

Bajo ese contexto, nos ponemos a analizar los diversos factores que determinen y salvaguarden el interés colectivo de la comunidad en la Costa Verde, como el derecho al

²¹⁰ “IDENTIFICACIÓN DE ECOSISTEMAS Y SERVICIOS ECOSISTÉMICOS DENTRO DEL ÁMBITO DE LA COSTA VERDE . PROCESO DE SELECCIÓN N° 002-2014-MML-APCV-GA/AA: CONSULTOR: Fundación Cayetano Heredia

²¹¹ http://www.rpp.com.pe/2015-01-06-castaneda-en-15-dias-se-habilitaran-dos-carriles-de-costa-verde-noticia_757050.html

²¹²

goce de un ambiente adecuado y equilibrado. Por lo que pasaremos a analizar los posibles impactos, factores y problemática que traería consigo la ejecución del proyecto denominado *“Mejoramiento de la Geometría Vial del Circulo de Playas de la Costa Verde, Provincia de Lima-Lima”* a fin de asentar nuestra posición.

FACTORES, PROBLEMÁTICA E IMPACTOS:

Respecto al corredor vial de la Costa Verde

- Inviabilidad de construir un tercer carril en el sector correspondiente a los clubes al pie de la bajada Balta y en la Pampilla, por no tener espacio requerido para su ensanche.
- Falta de determinación de la Costa Verde, como espacio de recreación y ocio, o como red vial de “vía expresa”.
- La sección comprendida entre el puente Isaac Rabin y la Playa La Pampilla es susceptible de sufrir inundaciones.
- Las posibles inundaciones y erosión sobre las playas del corredor vial durante la temporada de invierno debido a la creciente del nivel del mar por el cambio climático.
- Las vibraciones que emitirían los vehículos que circulen por la red vial podrían generar deslizamientos de piedras y/o colapso del acantilado.

Respecto a los ciudadanos que transitan por la Costa Verde

- Aumento en accidentes de tránsito, que incluyen peatones, ciclistas, bañistas, comerciantes y/o público usuario.

Respecto a las actividades de recreación y belleza paisajística de la Costa Verde

- Reducción de lugares de esparcimiento y ocio
- Menor implementación de ciclovías.
- Falta de acceso peatonal a las playas para ejercer la actividad deportiva
- No existirían medidas que garanticen tranquilidad y seguridad para la recreación de las personas.
- Falta de arena en las playas como consecuencia de las alteraciones en la dinámica marina por intervención de la mano del hombre lo cual afectaría el paisaje natural.

Respecto a la vulneración del ambiente

- La congestión vehicular originada en la Costa Verde, con la implementación del tercer carril, traería consigo contaminación al ambiente.
- Disipación de masas de agua para la realización de los procesos hidráulicos debido a la modificación del sistema de amortiguamiento por la construcción de espigones.

Atendiendo a lo expuesto, es que IDLADS Perú prepondera la protección de un ambiente equilibrado y adecuado para la vida, así como demás intereses difusos de la comunidad;

en virtud a las agravantes que existen con la implementación del Tercer Carril en la Costa Verde; motivo por el cual tomará las acciones del caso, encaminados a su protección.

4.4. PROPUESTA DE DEMANDA DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR CONTAMINACIÓN SONORA POR EL SOBREVUELO DE AVIONES

Los ciudadanos de los distritos de Bellavista, Carmen de la Legua, La Perla y San Miguel padecen de contaminación sonora desde hacen más de 30 años, la cual afecta su sistema nervioso y su sistema auditivo, lo que produce situaciones de fatiga, estrés que podrían llegar a niveles de riesgo muy altos para la salud, además de afectar su derecho de intimidad, al silencio, a un ambiente sano y equilibrado, y la paz, esto se debe al sobrevuelo de aviones en zonas urbanas. El IDLADS frente a dicha problemática que atropellando gravemente sus derechos fundamentales ha decidido poner un alto a esta situación a través de una Demanda de Responsabilidad Civil por omisión de funciones de autoridades estatales como: el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, el Ministerio de Salud, el Gobierno Regional del Callao, El Ministerio del Ambiente y la Presidencia del Consejo de Ministros ya que los mismos no cumplieron con una de las principales funciones que tiene el Estado y sus organismos, el cual es desarrollar el Derecho de Protección que tiene todo ser humano de manera individual o colectiva, el cual se configura en el deber de resguardo de nuestros derechos fundamentales a través de mecanismo pertinentes como por ejemplo limites máximo permisibles o la actualización del EIA, si retrotraemos nuestros conocimientos básicos de Responsabilidad Civil podemos reconocer que la Garantía es el factor de atribución objetivo aplicable, lo cual es esencial para configurar los fundamentos jurídicos de nuestra demanda ya que se cumple con todos los requisitos que dicha institución jurídica requiere de acuerdo a la evaluación que nuestro equipo legal ha realizado, ello en conjunto con una estrategia legal que IDLADS - equipo joven especialista en litigio estratégico ha elaborado y podrán conocerla en este año 2015 a través de nuestras páginas on-line.



MEMORIA FOTOGRAFICA DE LITIGIO ESTRATEGICO
Equipos Legales de IDLADS

Periodo 2011-2013



De izquierda derecha: Alexis Bustamante, Henry Carhuatocto, Maribel Flores, & Estefanía Calvo



De izquierda derecha: Merly Davalos, Lilyan Delgadillo, Omar Carhuatocto, Henry Carhuatocto & Analucia Carhuatocto. También de este periodo son Silvia Lajo & Eder Caballero.

Equipo Legal de IDLADS

Periodo 2013-2015



De izquierda a derecha: Henry Carhuatocto Sandoval, Lilyan Delgadillo Hinostroza, Katherine Serrato Taboada, y Merly Davalos Arangoitia



De izquierda a derecha: Karin Paredes Jauler, Lilyan Delgadillo, Henry Carhuatocto & Daniela Villena. De este periodo también forma parte: Yhohana Carhuatocto, Carla Rodriguez & Ronald Vasquez

DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS DE IDLADS-PERÚ

Los miembros de IDLADS-Perú se adhieren a los siguientes principios:

1. Promueven el respeto y goce integral de los Derechos Humanos, especialmente el de un Ambiente Sano y equilibrado, y el Derecho a Identidad Étnica y Cultural de los Pueblos Indígenas.
2. Somos una organización de género que admira y promueve la independencia y libertad de pensamiento de la mujer, y su rol protagónico en la historia de nuestro país.
3. Actuamos con ética, unidad, probidad, lealtad y profesionalismo en la defensa de Derechos Humanos.
4. Optan por una sociedad libre y democrática como valor esencial para la convivencia humana, por la Supremacía de la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos frente a cualquier otra norma legal.
5. Rechazan el uso de cualquier tipo de violencia como medio para enfrentar los problemas sociales y políticos.
6. Somos independientes al Estado y autogestionarios, y apoyamos la implementación de políticas públicas mediante el Litigio estratégico en defensa de los Derechos Humanos.
7. Rechazamos la pena de muerte, la trata de personas y/o cualquier forma de tortura.
8. Actuamos con mística y vocación social de trascender, promoviendo cambios sociales para el mayor goce de Derechos Humanos sin exclusión desde el Derecho, y aprovechando todo mecanismo jurídico y garantía legal para contribuir a construir una sociedad más justa para el individuo y la colectividad.

Breña 10 de Febrero, 2015



EQUIPO IDLADS-PERÚ
Instituto de Defensa Legal del Ambiente y El Desarrollo Sostenible



**ARTÍCULOS Y TESTIMONIOS DEL EQUIPO LEGAL DE IDLADS
SOBRE EL LITIGIO ESTRATEGICO A FAVOR DEL AMBIENTE
Y LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

**LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS PARA LA PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN EN
MATERIA AMBIENTAL DE LA LEY N° 30 230 “LEY QUE ESTABLECE MEDIDAS TRIBUTARIAS,
SIMPLIFICACIÓN DE PROCEDIMIENTOS, PERMISOS PARA LA PROMOCIÓN
Y DINAMIZACIÓN DE LA INVERSIÓN DEL PAÍS”**

HENRY OLEFF CARHUATOCTO SANDOVAL²¹³

1. ANTECEDENTES

Los recientes procesos de flexibilización ambiental en nuestro país para atraer mayores inversiones privadas a toda costa y costo, son en realidad procesos de transgresión al principio de prohibición de regresión en estándares sociales y ambientales que han adquirido la naturaleza de firmes y sean legitimado en nuestra sociedad a la luz del célebre principio de progresividad de derechos humanos, debido al cual no deberíamos permitir que se disminuya ese piso mínimo de protección legal a los mismos, y allí posiblemente radique su inconstitucionalidad al constituir un auténtico retroceso en los derechos sociales y ambientales ya adquiridos y conquistados. El Gobierno Peruano ha venido en los últimos cuatro (04) años flexibilizando la normatividad ambiental con el objeto de facilitar las inversiones en el Perú específicamente en el Sector de Energía y Minas, así como Telecomunicaciones como se puede observar en la aprobación del Decreto Supremo N° 054-2013-PCM en donde se aplica silencio administrativo positivo para asuntos medio ambientales y patrimonio cultural en el procedimiento de aprobación del estudio de impacto ambiental del sector de energía y minas, esto es si transcurrido un plazo determinado se entiende por aprobada la Certificación de Inexistencia de Restos Arqueológicos o el Plan de Monitoreo Arqueológico, y no olvidemos el Decreto Supremo N° 060-2013-PCM, que reduce el plazo del mismo procedimiento de 120 a 83 días, y como evitar mencionar a la Ley N° 30228, que para asuntos ambientales como es la instalación de las antenas de telefonía consagra la aprobación automática para el permiso respectivo, contraviniendo el numeral 22 del artículo 2º de la Constitución Política, esto es la protección del derecho a un ambiente sano y equilibrado. En ese contexto, la *“Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país”*, Ley N° 30230, no es una casualidad, sino una forma de ver el desarrollo desde un solo ángulo, el económico, soslayando aspectos sociales y ambientales de la sociedad, al dismantelar la potestad sancionadora del ente fiscalizador ambiental, y suprimir facultades claves del Ministerio del Ambiente (MINAM) como la de aprobar límites máximos permisibles, estándares de calidad ambiental y zonas reservadas, o reduciendo su liderazgo en el ordenamiento territorial del país.

²¹³ Presidente del Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible IDLADS PERÚ. Magister en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, y Doctor en Derecho y CC.PP. Docente de Pre y Post Grado de UNMSM.

2. LA PRIMERA FLEXIBILIZACIÓN AMBIENTAL: EL DECRETO SUPREMO N.- 0054-2013-PCM Y EL DECRETO SUPREMO N.-060-2013-PCM

El Decreto Supremo N° 054-2013-PCM fue publicado el día 16 de mayo del 2013, el cual regula los procedimientos administrativos de autorizaciones y/o certificaciones para los proyectos de inversiones con especial énfasis en los del sector de energía y minas. El espíritu de la norma es dar mayor celeridad a los procedimientos administrativos del sector ambiente y cultura, y en teoría generar menores costos de transacción y tiempo, reglamentada posteriormente mediante Resolución Vice Ministerial N° 037-2013-VMPCIC-MC. El tema de mayor relevancia sin duda fue el procedimiento de obtención del Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos-CIRA donde se plantea que una vez presentada la solicitud ante la Dirección de Arqueología del Ministerio de Cultura o las Direcciones Regionales de Cultura se deben emitir dicho certificado en un plazo no mayor de veinte (20) días hábiles, si no lo hicieran se aplica silencio administrativo positivo, esto es que para un asunto de interés público como es el patrimonio cultural el simple transcurso del tiempo se convierte en autorización para iniciar actividades cuando la regla en el Derecho Administrativo siempre ha sido que para asunto de interés social en caso de ausencia de pronunciamiento siempre se aplique el silencio negativo como se observa en el Artículo 34.1.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444. Por otra parte, en caso existan restos arqueológicos, el titular del proyecto de inversión debe presentar un Plan de Monitoreo Arqueológico, el cual debe ser aprobado, según sea el caso, por las mencionadas entidades, dentro de un plazo no mayor de 10 días hábiles. Igualmente, si la autoridad no se pronuncia se tiene por aprobado el plan. De esta forma se flexibiliza los trámites administrativos del sector cultura en pos de brindar las mayores facilidades al inversionista en detrimento de nuestro legado nacional, lo cual afecta sin duda, el derecho a la identidad étnica y cultural, y la memoria nacional, y por ello no son pocas, las organizaciones que han levantado su voz de protesta por tamaña arbitrariedad. Si la obtención del CIRA no garantiza la realización de los estudios y las verificaciones técnicas para determinar la existencia de los restos arqueológicos y las medidas que garanticen su protección durante la ejecución en el proyecto. Es evidente que estamos arriesgando nuestro patrimonio cultural. Se presume erróneamente que la demora en las evaluaciones y aprobación del CIRA se debe a trámites burocráticos que son necesarios eliminar.

Reducir plazos para que el Ministerio de Cultura realice esa labor en solo 20 días hábiles, sin haber cambiado sus condiciones institucionales y ni haber considerado el tiempo razonable que supone recoger y verificar información, es forzarlo a que actúe de manera poco diligente y aumente los supuestos de negligencia de la administración pública. Es por ello que en su momento varias Organizaciones No Gubernamentales interpusieron Acciones Populares contra el Decreto Supremo N° 054-2013-PCM con el objeto de que se deje sin efecto el artículo 2° del Decreto Supremo N° 054-2013-PCM, por considerar que la misma es inconstitucional e ilegal por contravenir el numeral 2 del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Resolución Legislativa N° 26253, y los numerales 19 y 22 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, así como los artículos 34.1.1 de la Ley 27446 Ley General del Procedimiento Administrativo; y la Primera Disposición Transitoria Complementaria Final de la Ley del Silencio Administrativo N° 29060. Resulta contradictorio que nuestro Estado al haber realizado la Vigésima Conferencia de las Partes

(COP20) en Lima en diciembre 2014, un año antes, mediante este Decreto Supremo establezca que no se requiere seguir con el procedimiento de ampliación del instrumento de gestión ambiental cuando se pretende modificar componentes auxiliares o realizar ampliaciones en proyectos de inversión con impacto ambiental no significativo que cuenta con certificación ambiental aprobada o cuando se pretende realizar mejoras tecnológicas no requieran mayor trámite que un informe técnico elaborado por el propio titular que deberá ser aprobado en el tiempo record de quince (15) días por la autoridad ambiental competente, abriendo una puerta de escape a la actualización de instrumentos de gestión ambiental so pretexto de agilizar las inversiones privadas. Una ampliación podría suponer que el proyecto adquiriera otras dimensiones y en consecuencia, mayores impactos ambientales. Si no existe un procedimiento administrativo que permita evaluar de manera adecuada el impacto que puede implicar esa ampliación, el riesgo de daño es muy probable y no se hará nada para evitarlo. Felizmente, en el proceso de acción popular iniciado por IDLADS PERÚ, mediante Sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, Expediente N° 493-2013-0-1801-JR-CI-02, de fecha 28 de agosto del 2014, se declara sin efecto en primera instancia los numerales 1, 2, y 3 del artículo 2º del Decreto Supremo N° 054-2013-PCM.

Por otra parte tenemos al Decreto Supremo N° 060-2013-PCM, publicado el 24 de mayo de 2013, que aprueba disposiciones especiales para la ejecución de procedimientos administrativos y otras medidas para impulsar y agilizar la ejecución de proyectos de inversión pública y privada, que al reducir de plano el procedimiento de evaluación de impacto ambiental de 120 a 83 días en el sector de energía y minas contravienen desde el saque el derecho a la consulta previa de los poblaciones indígenas afectadas por dichos proyectos y la participación ciudadana previstos en el numeral 2 del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, aprobado por Resolución Legislativa N° 26253, así como los numerales 17, 19 y 22 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

Los conflictos sociales en el sector de energía y minas se deben justamente a la falta de consulta previa en el desarrollo de proyectos de inversión como se puede constatar en los casos del Proyecto Tía María, Proyecto Conga o el Proyecto Cañaris, y que por tanto esta era una medida legislativa que debía consultarse al afectar directamente a los pueblos indígenas campesinos y nativos. El Decreto Supremo cuestionado también afecta el derecho a la participación ciudadana en materia ambiental al acortar los plazos en el desarrollo del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, y de esta manera ejerce presión sobre el ejercicio de la participación ciudadana de las poblaciones locales e indígenas afectadas por proyectos del sector energía y minas. Adviértase que el dispositivo cuestionado omite regular la participación ciudadana y menos aún sus plazos, y tácitamente al omitirla como condición obligatoria previa a la aprobación de un estudio de impacto ambiental afecta directamente el ejercicio de este derecho constitucionalmente reconocido, y no le brinda las garantías necesarias para su implementación. Cabe mencionar que al no tomar en cuenta el derecho a la participación ciudadana esto puede generar futuros conflictos con la población, generando malestar entre éstos últimos ya que podrían crearse expectativas negativas de lo que se busca con la aprobación del estudio de impacto ambiental y la población al no poder manifestar su opinión, sugerencias, aportaciones como representantes del territorio indígena, se estaría

restringiendo su derecho a participar activamente en la evaluación del estudio de impacto ambiental.

La participación ciudadana lo que busca es que la población tenga una mejor percepción de la empresa que va a invertir en su territorio, y asimismo mejorar el desempeño ambiental ya que habría un control y seguimiento de lo que se realice y así evitarse futuros daños que podrían llegar a ser irreversibles. La importancia de la participación ciudadana radica en conocer el punto de vista de terceros, conocer los beneficios y daños, es decir los pros y contras que la inversión pública o privada traería consigo, por tanto la información que se le brinde a la comunidad que se verá afectada tiene que ser necesaria, idónea, suficiente y oportuna. La norma establece el plazo de treinta (30) días para las opiniones técnicas de otras entidades públicas (Autoridad Nacional del Agua -ANA, Servicio Nacional de Áreas Naturales por el Estado SERNAP, Ministerio de Cultura, etc.) y este plazo puede resultar insuficiente pues en el mismo es muy difícil emitir una opinión seria y responsable, con inspección de campo, pues los EIA son documentos complejos y voluminosos, igualmente es insuficiente los diez (10) días establecidos para que éstas se pronuncien sobre el levantamiento de las observaciones que realiza el titular del proyecto. Consideramos que estos plazos no permiten una revisión a fondo, obligará a que revisen solamente lo específico (aguas, áreas naturales protegidas, restos arqueológicos, poblaciones indígenas, etc.) sin mirar sus interrelaciones con el conjunto del ámbito estudiado. Lo que es peor aún la autoridad evaluadora tiene veinte (20) días para tomar la decisión final y se obvia los procesos de participación ciudadana. Nunca antes, algo así había ocurrido ya que la participación ciudadana es principio transversal para todos los procedimientos del Estado. Tampoco hay mención alguna de cómo se inserta la consulta previa con el proceso de evaluación de impacto ambiental, en buena cuenta si el Estudio de Impacto Ambiental, al ser impactar directamente en la vida de las poblaciones indígenas cabría someterlo a una consulta previa. Como podemos apreciar los cambios en la institucionalidad ambiental realizados en el 2013 debilitaron seriamente el sistema de evaluación de impacto ambiental, como ninguna otra medida anterior. Todo ello revela una visión equivocada que se tiene de este instrumento catalogado como un obstáculo para las inversiones, y prueba una vez más que los gobiernos peruanos suelen abandonar su rol tuitivo en búsqueda de inversiones a cualquier costo, colocándose de espaldas a su rol de garante de los derechos socio ambientales de millones de peruanos que en los últimos años han venido exigiendo mayor respeto, participación ciudadana y consulta previa.

3. LA SEGUNDA FLEXIBILIZACIÓN AMBIENTAL: “LEY QUE ESTABLECE MEDIDAS TRIBUTARIAS, SIMPLIFICACIÓN DE PROCEDIMIENTOS, PERMISOS PARA LA PROMOCIÓN Y DINAMIZACIÓN DE LA INVERSIÓN DEL PAÍS”, LEY N° 30230. EL “PAQUETAZO AMBIENTAL.”

3.1. EL MINISTERIO DEL AMBIENTE (MINAM)

El MINAM es un organismo del Poder Ejecutivo cuya función general es diseñar, establecer, ejecutar y supervisar la política nacional y sectorial ambiental, asumiendo la rectoría de la misma. El objeto de este Ministerio es la conservación del ambiente, de modo que se propicie y asegure el uso sostenible, responsable, racional y ético de los

recursos naturales y del medio que los sustenta, que permita contribuir al desarrollo integral social, económico y cultural de la persona humana, en permanente armonía con su entorno, y así asegurar a las presentes y futuras generaciones el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida. Empero nace en el lugar y momento equivocado, pues al constituirse como resultado de la apremiante necesidad de implementar un TLC, y al ser concebido como una entidad dependiente del Poder Ejecutivo, tiene una alta carga política, desdeñándose su rol especializado en asuntos técnicos, que no están asociados a la coyuntura económica, política o social, sino a criterios científicos objetivos, lo que se agrava aún más con el artículo 20 y 22 de la Ley 30230, cuando se coloca al Consejo de Ministros como filtro para aprobar Estándares de Calidad Ambiental, y Límites Máximos Permisibles, y Zonas Reservadas.

El MINAM, como consecuencia de la implementación del Tratado de Libre Comercio, es adicionalmente garante del cumplimiento del Capítulo XVIII del mencionado tratado, especialmente su artículo 18.3.2, que señala que “las partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en sus respectivas legislaciones ambientales. En consecuencia, una Parte no dejará sin efecto o derogará, ni ofrecerá dejar sin efecto o derogar, dicha legislación de manera que debilite o reduzca la protección otorgada por aquella legislación de manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes.” Y es lo que no ha estado haciendo el MINAM cuando ya por el 2010 apoyaba el Proyecto de Ley 4335/2010-PE, que debilitaba el proceso de evaluación de impacto ambiental en el sector eléctrico, y que dio lugar al derogado Decreto de Urgencia N° 001-2011, que tenía el mismo propósito, esto es eliminar la exigencia de la EIA aprobado como requisito previo para entregar una concesión definitiva en el sector eléctrico, haciendo tabla rasa del numeral h del artículo 25º de la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley N° 25844. La tendencia a la flexibilización y debilitamiento de la normatividad ambiental continua con el Decretos Supremos N° 054-2013-PCM, y 060-2014-PCM, y luego la Ley N° 30228, y la analizada Ley N° 30230. El MINAM, según su norma de creación, tiene los siguientes objetivos generales:

- a)** Asegurar la conservación y el uso sostenible de los recursos naturales, la diversidad biológica y las áreas naturales protegidas así como el desarrollo de nuestra Amazonía.
- b)** Asegurar la prevención de la degradación del ambiente y de los recursos naturales y revertir los procesos negativos que lo afectan.
- c)** Promover la participación ciudadana en los procesos de toma de decisiones para el desarrollo sostenible.
- d)** Contribuir a la competitividad del país a través de un desempeño ambiental eficiente.
- e)** Incorporar los principios del desarrollo ambiental en las políticas y programas nacionales.

Advirtamos que el MINAM tiene dentro de su competencia, desarrollar, dirigir, supervisar y ejecutar la política nacional del ambiente y tiene por función promover la conservación y el uso sostenible de los recursos naturales, la diversidad biológica y las áreas naturales protegidas, y ello a duras penas puede realizarlo, con el artículo 20º de

la Ley N° 30230 que suprime la facultad de esta entidad ambiental de establecer Zonas Reservada.

3.2. LA LEY N° 30230 - EL PAQUETAZO AMBIENTAL Y SUS IMPLICANCIAS

Las múltiples acciones populares interpuestas contra la regulación anterior, sumado a las primeras multas importantes que el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) vino imponiendo en el 2013, puntualmente a Pluspetrol Norte, quien se le impuso una multa de veintinueve millones de nuevos soles por incumplir su Programa de Adecuación Ambiental (PAC) en el Lote 8 en plena Reserva Nacional de Pacaya Samiria, y otra de veinte millones de nuevos soles por desaparecer una laguna Shan-shococha, que ocupaba un área de 2.856 metros cuadrados y se ubicaba en el lote 1AB en Andoas, Loreto, prendió inmediatamente la luz roja a un sector del empresariado del sector energético que presiono al gobierno para que construyera un marco legal mucho más flexible no solo en temas ambientales sino laborales y tributarios, y que en la práctica significaría uno de los más vergonzosos y mayores retrocesos en la gestión ambiental, y se plasmaría en la tristemente célebre “Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos, permisos para la promoción y dinamización de la inversión del país”, Ley No 30230, bautizada por la sociedad civil como el “Paquetazo Ambiental”, publicada el 12 de julio del 2014, maquillada apenas recientemente con la intensión del Viceministerio de Interculturalidad de implementar la consulta previa en el sector minero en el 2015.

Así pues se arremetió con todo contra el OEFA, la idea era claro maniatarlo, inutilizarlo y casi desactivarlo de su rol de fiscalizador de obligaciones socio ambientales de las empresas, aunque dejándolo libre en su rol de supervisor de entidades de fiscalización ambiental (Efas), y su lucha contra los minero informales. Así pues se plantea que para incentivar las grandes inversiones especialmente en el sector de energía y minas, se convierta al OEFA en una especie de policía ambiental dador de papeletas ambientales educativas, y que privilegien las medidas correctivas y de remediación por los próximos tres (03) años contados a partir del 13 de julio del 2014, en otras palabras, adiós a las multas por dicho periodo que pasarían hacer de naturaleza excepcional, bienvenidas las medidas de preventivas, cautelares y correctivas frente a las conductas infractoras en materia ambiental. Esto significa la huida del Estado como garante del derecho a un ambiente sano y equilibrado, y protector de los derechos socio ambientales de las poblaciones locales e indígenas, y el inicio de los vientos de conflictividad, la razón muy simple, el último dique para contener las conductas arbitrarias e ilícitas de las empresas extractivas como eran las multas ha sido derribado, y la ciudad, y los bosques han quedado a merced de la voluntad del titular del proyecto que sabe que siempre tendrá la opción de no implementar medidas de prevención exigidas en el estudio de impacto ambiental, y podría esperar hasta que llegue la papeleta preventiva del OEFA, y la exhortación de que adopte medidas correctivas, con el riesgo de que en dicho periodo pudiera ocurrir un desastre ambiental, en un error de cálculo del titular de proyecto, basta con recordar el tristemente célebre caso de la Minera Caudalosa Chica, en el 2010, que se ahorró medidas de prevención, y cuando le exhorto la autoridad ambiental (OSINERGMIN) hacerlo, fue muy tarde, y acaeció la contaminación ambiental del 100% de los ríos Escalera y Huachocolpa en la Región de Huancavelica.

**ALGUNAS SANCIONES CON RESOLUCIONES FIRMES APLICADAS POR OEFA
AL SECTOR MINERO E HIDROCARBURÍFERO**

EMPRESA	UNIDAD	INFRACCIÓN	AÑO	SANCIÓN / MEDIDA PREVENTIVA
CHINALCO	Toromocho	Descarga de efluentes en lagunas Huacracocha y Huacacocha.	2014	Implementó y amplió diques de contención e infraestructura para encausamiento del efluente.
VOLCÁN COMPAÑÍA MINERA	Cerro de Pasco	Exceder límites máximos permisibles en tres y dos punto de control, respecto de dos parámetros.	2014	150 UIT y 100 UIT.
XTRATA TINTAYA	Tintaya	Presencia de 1.7% del valor normal de sedimentos de cobre predominante en la zona, en una área de 1000 metros de pastos naturales debido al bombeo de agua realizado desde un canal de la empresa.	2014	50 UIT, 6 UIT y 6 UIT respectivamente
		No comunicar el incidente al OEFA.		
		No presentar el informe de investigación del incidente.		
CASTROVIRREYNA COMPAÑÍA MINERA	Unidad Minera San Genaro	Verter agua de relaves sin tratamiento hacia la laguna Yanacocha.	2013	70 UIT
		Superar los LMP en efluente de agua de relavera.		
		Efluente cuyo punto de monitoreo no se encontraba establecido en el instrumento de gestión ambiental.		
CATALINA HUANCA SOCIEDAD MINERA	Concesión de Beneficio San Jerónimo	Descarga directa al río Mishka de aguas provenientes del sistema de drenaje subterráneo de uno de sus depósitos de relaves y no recircularla hacia la planta de beneficio San Jerónimo, como lo indicaba su EIA.	2012	60 UIT
		Exceder el LMP en un punto de control.		
MINERA YANACOCCHA	Conga	Incumplimiento de cinco compromisos del EIA, entre ellos la instalación de una plataforma de exploración a menos de 50 metros de un bofedal y un curso de agua estacional.	2012	127.75 UIT
PLUSPETROL NORTE	Lote 192 (1 AB)	Pluspetrol Norte fue multado en primera instancia con más de 20 millones de soles por haber contaminado y desaparecido la laguna Shanshococha, ubicada en el Lote 1AB que opera en Loreto; por haber afectado con hidrocarburos líquidos a la laguna. Monto: 3410.15 UIT; por la pérdida ecológica irrecuperable del ecosistema que conformaba la laguna, al haber realizado actividades de drenaje y remoción de suelos sin contar con el Instrumento de Gestión Ambiental correspondiente. Monto: 2000 UIT; por incumplir con informar al OEFA sobre la regularización de los trabajos de intervención en la cocha. Monto: 4.39 UIT; por no comunicar al OEFA, dentro de las 24 horas, la afectación ambiental a la cocha. Monto: 2.36 UIT.	2013	3410.15 UIT, 2000 UIT, 4.39 UIT y 2.36 UIT

FUENTE OEFA: "IMPACTOS, INTERESES Y BENECIARIOS DE LA LEY N° 30 230" http://www.cooperacion.org.pe/Descargas-Docmentos/Analisis_Ley30230.pdf

Lo determinante de un procedimiento sancionador ambiental es que disuade conductas de manera efectiva y se adelanta al acaecimiento de desastres ambientales, justamente la sanción pecuniaria es un desincentivador natural en los agentes económicos que ante el temor o amedrentados por la misma, adoptan las medidas de prevención idóneas para que resguardar el ambiente y de paso salvarse de la multa. Sin duda, sería interesante replicar lo que ocurre en el ámbito del procedimiento sancionador de tránsito, y generar un sistema de puntos para los concesionarios a efectos que con cada sanción se les retiren puntos para poder manejar la concesión o volver a postular a la misma, o a otras, eso hubiera sido un avance, y no la suspensión de la facultad de multar de OEFA por los próximos tres (03) años en búsqueda de convertirnos en el paraíso de los inversionistas en plena crisis económica mundial.

3.3. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR DEL OEFA Y LA LEY N° 30230 - EL PAQUETAZO AMBIENTAL

El Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental que lo conforman jerárquicamente: **a)** el Ministerio del Ambiente (MINAM); **b)** el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA); **c)** las Entidades de Fiscalización Ambiental, Nacional, Regional o Local. Nótese que el MINAM asume un rol supervisor con relación al OEFA, lo que le resta autonomía a la misma. Por otra parte, las **Entidades de Fiscalización Ambiental Nacional, Regional o Local** son aquellas con facultades expresas para desarrollar funciones de fiscalización ambiental, y ejercen sus competencias con independencia funcional del OEFA, tal es el caso del Ministerio del Ambiente (SERNANP), Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Defensa (DICAPI), el Ministerio de Transporte y Comunicaciones, el Ministerio de Vivienda y Saneamiento, el Ministerio de Salud (DIGESA), las Municipalidades, y los Gobiernos regionales en el ámbito de sus competencias ambientales.

ORGANISMO DE EVALUACION Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL (OEFA)	
Organismo público técnico especializado , con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, la supervisión, el control y la sanción en materia ambiental.	
COMPETENCIAS	<p>La Ley N° 29325, otorga al OEFA la calidad de Ente Rector del citado Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, el cual tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de la legislación ambiental por parte de todas las personas naturales o jurídicas, así como supervisar y garantizar que las funciones de evaluación, supervisión, <u>fiscalización</u>, control y potestad sancionadora en materia ambiental, a cargo de las diversas entidades del Estado, se realicen de forma independiente, imparcial, ágil y eficiente. El inciso d) del artículo 11 de la Ley N° 29325, establece que el OEFA tiene, entre otras, la función fiscalizadora y sancionadora, la cual comprende la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables y de imponer sanciones por el incumplimiento de obligaciones derivadas de los instrumentos de gestión ambiental, así como de las normas ambientales y de los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA.</p>
FUNCIONES BASICAS	
	<p>a) Dirigir y supervisar la aplicación del régimen común de fiscalización y control ambiental y el régimen de incentivos previstos en la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, así como fiscalizar y controlar directamente el cumplimiento de aquellas actividades que le correspondan por Ley.</p> <p>b) Ejercer la potestad sancionadora en el ámbito de sus competencias, aplicando las sanciones de amonestación, multa, comiso, inmovilización, clausura o suspensión, por las infracciones que sean determinadas y de acuerdo al procedimiento que se apruebe para tal efecto, ejerciendo su potestad de ejecución coactiva, en los casos que corresponda.</p> <p>c) Realizar acciones de fiscalización ambiental en el ámbito de su competencia.</p> <p>d) Supervisar que las entidades competentes cumplan con las funciones de fiscalización establecidas por la legislación vigente.</p> <p>e) Emitir opinión técnica sobre los casos de infracción ambiental que puedan dar lugar a la acción penal por la comisión de los delitos tipificados en la legislación pertinente.</p> <p>f) Informar al Ministerio Público de aquellos hechos de naturaleza penal que conozca en el ejercicio de su función.</p>

Fuente: Resolución de Consejo Directivo No 003-2011-OEFA-CD, la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013 y Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29325.

El procedimiento sancionador del OEFA tiene por objetivo buscar hacer cumplir las obligaciones socio ambientales así como normas ambientales que aplican a las empresas que desarrollan proyectos de inversión que impactan en el ambiente y la población en general, y se compone básicamente de una etapa instructiva donde se detecta la infracción, y otra resolutive donde se sanciona la misma, y observando siempre el debido procedimiento. Recordemos que el artículo 18º de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental establece que los administrados son responsables objetivamente por el incumplimiento de obligaciones derivadas de los instrumentos de gestión ambiental, así como de las normas ambientales y de los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA. Ello significa que no interesara la intencionalidad o querer del agente o infractor, sino que se calificara de manera objetiva si una determinada conducta infringió una norma ambiental fiscalizada, así no importara que el administrado haya o no querido contaminar con relaves un río, sino sí que en los hechos adopto las medidas de protección establecidas por el instrumento de gestión ambiental a fin de evitar la contaminación y daño ambiental. Acierta, el artículo 19º de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, cuando clasifica a las infracciones como Leves, Graves y Muy Graves, fundamentándose en la afectación a la salud, al ambiente, en su potencialidad o certeza de daño, en la extensión de sus efectos, y otros criterios que puedan resultar pertinentes.

Por otra parte, el artículo 24º de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental establece que el procedimiento administrativo sancionador estará conformado por **dos (02) instancias administrativas**, siendo que los recursos de apelación interpuestos contra resoluciones de sanción impuestas por el órgano de primera instancia, serán tramitados ante el TFA del OEFA, quien los resolverá en última instancia administrativa. En tanto no se haga efectiva la transferencia de las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental de las entidades, las entidades que a la fecha vienen ejerciendo dichas funciones continuarán realizándolas conforme a sus propias normas y reglamentos. El procedimiento sancionador del OEFA se fortaleció tanto que en el 2013, la sola interposición de una demanda judicial no suspende ni interrumpe los efectos, ejecutividad o ejecutoriedad de los actos administrativos emitidos por el OEFA, así como tampoco suspende o interrumpe el trámite de los procedimientos de ejecución coactiva concernientes a las obligaciones contenida en dichos actos.²¹⁴ Para interponer o interrumpir los efectos, ejecutividad o ejecutoriedad de los actos administrativos referidos a la imposición de sanciones administrativas, o el trámite de los procedimientos de ejecución coactiva concernientes a las obligaciones contenidas en dichos actos, el obligado debe obtener en el proceso judicial correspondiente una medida cautelar, previo ofrecimiento de una contracautela que cumpla los requisitos previstos en los literales a), b), c), d), e) y f) del artículo 20-A de la Ley Nº 29325- Ley del Sistema Nacional de Evaluación y fiscalización Ambiental.²¹⁵ La exigencia de la medida cautelar a que se refiere el numeral precedente resulta aplicable en el marco de cualquier proceso judicial que se interponga con el objeto de suspender o interrumpir los efectos, ejecutividad o ejecutoriedad de los actos administrativos referidos a la imposición de sanciones administrativas, o suspender o

²¹⁴ Numeral 1.1 del artículo 1 del Decreto Supremo Nº 008-2013-MINAM

²¹⁵ Numeral 1.2 del artículo 1 del Decreto Supremo Nº 008-2013-MINAM

interrumpir el trámite de los procedimientos de ejecución coactiva concernientes a las obligaciones contenida en dichos actos, incluyendo las demandas de revisión judicial de los referidos procedimientos de ejecución coactiva.²¹⁶

En tiempos donde la multa será una sanción extraordinaria y excepcional, es bueno echar una mirada a las medidas correctivas que serán las priorizadas, y que según el artículo 22º numeral 1 de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA) establece que se podrán ordenar **las medidas correctivas necesarias para revertir, o disminuir en lo posible, el efecto nocivo que la conducta infractora hubiera podido producir en el ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas**. Adviértase que medidas preventivas o medidas cautelares pueden convertirse al finalizar el procedimiento administrativo sancionador en medidas correctivas. Por otra parte, entre las medidas que pueden dictarse se encuentran las siguientes:

- a) El decomiso definitivo de los objetos, instrumentos, artefactos o sustancias empleados para la comisión de la infracción.
- b) La paralización o restricción de la actividad causante de la infracción.
- c) El cierre temporal o definitivo, parcial o total, del local o establecimiento donde se lleve a cabo la actividad que ha generado la presunta infracción.
- d) La obligación del responsable del daño a restaurar, rehabilitar o reparar la situación alterada, según sea el caso, y de no ser posible ello, la obligación a compensarla en términos ambientales y/o económica.
- e) Otras que se consideren necesarias para revertir o disminuir en lo posible, el efecto nocivo que la conducta infractora hubiera podido producir en el ambiente, los recursos naturales o la salud de las personas.
- f) Otras que se consideren necesarias para evitar la continuación del efecto nocivo que la conducta infractora produzca o pudiera producir en el ambiente, los recursos naturales o la salud de las personas.

Las medidas correctivas deben ser adoptadas teniendo en consideración el principio de razonabilidad y estar debidamente fundamentadas. El artículo 22 numeral 4 de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental establece que el incumplimiento de **una medida correctiva por parte de los administrados acarrea la imposición automática de una multa coercitiva no menor a una (1) UIT ni mayor a cien (100) UIT**. La multa coercitiva deberá ser pagada en un plazo de cinco (05) días, vencido el cual se ordenará su cobranza coactiva. En caso de persistirse el incumplimiento se impondrá **una nueva multa coercitiva, duplicando sucesiva e ilimitadamente el monto de la última multa coercitiva impuesta**, hasta que se cumpla con la medida ordenada. El artículo 23º de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, tiene especial atención por las medidas de restauración, rehabilitación, reparación, compensación y de recuperación del Patrimonio Natural de la Nación, el cual establece que sin perjuicio de imponer cualquiera de las sanciones establecidas, la autoridad competente puede además obligar a la persona natural o jurídica responsable del daño a restaurar, rehabilitar o reparar la situación alterada, según sea el caso, o a compensarla en términos ambientales cuando lo anterior no fuera posible, de conformidad con el artículo IX de la Ley Nº 28611, Ley General del Ambiente. Como se observa el procedimiento sancionador del OEFA, para julio del 2014, se encontraba

²¹⁶ Numeral 1.3 del artículo 1 del Decreto Supremo Nº 008-2013-MINAM

fortalecido con medidas preventivas, correctivas, cautelares y multas, cada una funcionando con finalidades distintas, sin duplicar funciones, y la suspensión de alguna de ellas si ocasionara un debilitamiento de la fiscalización ambiental como se demostrara más adelante. Y tenía el siguiente esquema de acuerdo a la propia normatividad vigente de OEFA, antes citada:

Procedimiento sancionador previsto en la Resolución de Consejo Directivo 012-2012-OEFA/CD



Fuente: Hugo Gomez Apac. Presidente del OEFA. En su presentación titulada: “La prevención y remediación en el procedimiento administrativo sancionador del OEFA” en el “II Seminario Internacional de Derecho Administrativo Sancionador Ambiental: una mirada hacia la remediación ambiental” del 07 de noviembre del 2014

3.3.1. LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 19º DE LA LEY 30230 POR CONTRAVENIR EL NUMERAL 22 DEL ARTÍCULO 2 DE LA CONSTITUCIÓN POLITICA DEL PERÚ

El artículo 19º de la Ley N° 30230 establece un período de tres años de oscuridad e impunidad, moratoria y amnistía ambiental de sanciones, lo que nos recuerda a la película “The Purge: Anarchy” (“Doce Horas para sobrevivir”) de James De Monaco, pues el OEFA a partir de ahora solo tramitara por excepción procedimientos sancionadores, que estarán sujetos a condición de que el infractor corrija su conducta, y donde una vez detectada y declarada la existencia de la infracción ambiental, solo si, el titular del proyecto no cumple con implementar las medidas correctivas o remediadores solicitadas podrá proseguirse el citado procedimiento. Claro está si cumple con las medidas correctivas destinadas a revertir la conducta infractora se suspenderá mágicamente el procedimiento sancionador, y posteriormente concluirá incluso con determinación de responsabilidad administrativa pero sin multa. Y ahora la pregunta de rigor seguro será, y que ocurre si no cumple, con las medidas de remediación, pues allí sí se reanudará el procedimiento sancionador quedando habilitado el OEFA a imponer la sanción respectiva. Sin embargo, antes que salten de alegría

por la aparente vuelta de la facultad sancionadora del ente de fiscalización ambiental previa oportunidad perdida del infractor, habría que recordar que el mismo artículo señala que en este lamentable caso, y mientras dure el período de tres (3) años, esto es hasta el 12 de julio de 2017, las sanciones a imponerse por las infracciones no podrán ser superiores al 50% de la multa que correspondería aplicar, de acuerdo a la metodología de determinación de sanciones, considerando los atenuantes y/o agravantes correspondientes.

En la práctica el procedimiento sancionador se ha reducido de la OEFA se ha reducido a su mínima expresión, más en un rol de supervisión, y en el mejor de los casos, con las multas reducidas hasta la mitad de los que eran el 12 de julio del 2014, reducen los costos asociados a las actividades extractivas y sus incumplimientos socio ambientales, lo que evidentemente no genera incentivos para mejorar el desempeño ambiental de las empresas, sino todo lo contrario, puesto que en el peor de los casos, la multa será inferior a la que les hubieran impuesto en el régimen anterior. A no dudarlo, existen menos garantías para resguardar el cumplimiento de las obligaciones socio ambientales de las empresas extractivas, y el caldo de cultivo para relajar los mecanismos de prevención de daños ambientales, y cómo no condiciones ideales para la desconfianza de las poblaciones afectadas por proyectos extractivos, donde el Estado no se siente, y ahora literalmente se hace aún más distante e incomprensible, al reducir la protección al ambiente, en aras de un desarrollo que a ellos no les llega, el resultado inevitable, mayores conflictos sociales, como se observa en el caso del Lote 108 y la resistencia de las poblaciones indígenas Asháninka del río Ene al ingreso de la empresa Pluspetrol para que realice actividades hidrocarburíferas, y es que su fama de empresa “socialmente responsable con el ambiente” la precede.

Para entender la dimensión de lo que implica hacer excepcional la aplicación de las multas, nos valdremos de las palabras del ***“Manual Explicativo de la Metodología para el Cálculo de las Multas base y la aplicación de los factores Agravantes y Atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones”***, aprobada por Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 020-2013-OEFA/PCD de fecha 21 de febrero del 2013, que en sus páginas 1 y 2, señalan: “la determinación de las sanciones a imponer a los administrados tiene principalmente tres objetivos: i) desincentivar la realización de infracciones a la legislación ambiental; ii) brindar un tratamiento equitativo y razonable a los administrados; y, iii) garantizar la resolución expeditiva de los problemas ambientales. El primer y principal objetivo (desincentivo) es que las sanciones aplicadas disuadan al infractor de volver a incurrir en la misma conducta nuevamente (desincentivo específico) y que, al mismo tiempo, disuadan al resto de administrados de incurrir en una conducta similar (desincentivo general).” Y ello solo se puede lograr multando al infractor y no solo ordenándole que corrija su conducta, mediante una medida correctiva, puesto que solo así se le hará podrá desincentivar la conducta tanto del infractor procesado como el de otros futuros infractores.

Se añade en el citado Manual: “para que una sanción -en particular, una multa- cumpla efectivamente con desincentivar las conductas que se consideran perjudiciales, resulta necesario que tanto el infractor como el público en general asuman que la sanción colocará a los infractores en una posición peor que la situación en la que estarían si no hubieran cometido la infracción. En otros términos, ningún administrado debe esperar que obtendrá un beneficio si deja de cumplir las leyes y/o regulaciones ambientales. En atención a ello, las

multas aplicadas por el OEFA tendrán como objetivo remover los beneficios (ilícitos) derivados de incumplir la normativa vigente.” Esto quiere decir que si el infractor al incumplir normatividad ambiental, y obligaciones socio ambientales durante un periodo determinado, se estuvo ahorrando costos, por medidas de prevención de daños ambientales o compromisos sociales, debe asegurarse que la multa sea mayor al ahorro que ha venido realizando para que efectivamente sea disuasiva y se remueva los beneficios ilícitos que ha venido acumulando. Y bien se sostiene el Manual que “ahora bien, remover el beneficio obtenido por los infractores solo los colocaría en la misma situación en la que se encontraban antes de incumplir la norma. Pero tanto la eficiencia como el sentido elemental de justicia exigen que la sanción aplicada incluya un monto adicional a la neutralización de los beneficios ilícitamente obtenidos. Por lo tanto, las multas deben incluir factores adicionales que reflejen la seriedad de la violación de la norma, tales como los factores agravantes, asegurándose así un adecuado desincentivo.” En otras palabras, la imposición de la multa es el único medio para disuadir conductas transgresoras de obligaciones socio ambientales, y remover los beneficios económicos ilegalmente obtenidos, imponiendo una multa graduada que sea mayor a los mismos para que realmente desincentiva a otros de cometer un ilícito similar, y se protege adecuadamente el derecho a un ambiente sano y equilibrado así como el derecho a la identidad étnica y cultural. Esta es la razón por la que el artículo 19º de la Ley N° 30230, resulta contraria al numeral 22 del artículo 2 de la Constitución, y que desaparece una de las más importantes garantías de protección a un ambiente sano y equilibrado, y de los compromisos asumidos con la cultura de las poblaciones indígenas, que no puede ser que su omisión no implique una sanción, sino solamente una medida correctiva.

No olvidemos que el artículo 230º de la Ley del Procedimiento Administrativo General reconoce que no puede permitir que sea más beneficioso para el infractor transgredir la norma (incluso cuando es sancionado) que cumplirla, y ello no se consigue tan solo imponiendo la obligación de remediar sino fundamentalmente con una multa que suprime los beneficios obtenidos ilegalmente y sea ejemplificadora de una manera razonable sin llegar a la confiscatoriedad ni expropiación indirecta a través de la graduación correspondiente. En ese contexto aparece el artículo 19º de la Ley N° 30230 que sería puesto a prueba ni bien aprobada la citada Ley, con el terrible derrame de petróleo en Cuninico en la Región de Loreto, producido a fines de junio del 2014, y que afectaría gravemente a la población indígena Kukama, y donde el ordenamiento jurídico sancionador ambiental no podía quedar sin respuesta. Supuesto en el cuál se puede recurrir a los tres (03) únicos supuestos en los cuales el OEFA si podrá multar a la antigua, esto es recuperara su potestad sancionadora en toda su dimensión, bajo reglas estrictas, analicemos cada uno de ellos:

- a) **Infracciones muy graves**, que generen un daño real y muy grave a la vida y la salud de las personas. Dicha afectación deberá ser objetiva, individualizada y debidamente acreditada. Recordemos que ya la Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 020-2013-OEFA/PCD se define por Daño Ambiental Real al detrimento, pérdida, impacto negativo o perjuicio actual y probado, causado al ambiente y/o alguno de sus componentes como consecuencia del desarrollo de actividades humanas. Para probar el daño real se evaluará el grado de incidencia en la calidad del componente ambiental o sus factores o parámetros afectados, pudiéndose adoptar los siguientes métodos: a)

comparación con los valores de la línea de base, **b)** comparación con los estándares de calidad ambiental, **c)** comparación del componente afectado con uno no afectado de la misma zona, **d)** comparación con el valor umbral cuando corresponda. De esta forma, el procedimiento sancionador del OEFA renace en todo su esplendor cuando se comprueba una infracción que haya generado un daño ambiental real y concreto que se traduzca en impactos negativos a la vida, y la salud humana, y ese es justamente el problema, probar y acreditar este hecho, no solo es costoso sino complejo, y deja por fuera las infracciones ambientales asociadas a daños ambientales potenciales esto es que técnicamente pudieron generar graves daños ambientales pero que por suerte o azar no lo hicieron. La norma no es expresa en lo que respecta a daño ambiental puro, esto es, que afecta al ambiente, y los ecosistemas y especies que alberga, como peces, reptiles, mamíferos o vegetación en general, aunque podría interpretarse dentro del “daño a la vida”. Lo real es que disminuye la protección al ambiente debido a que el OEFA solo podría sancionar con el 100% de la escala de las multas si se prueba daño real y no el potencial, esto es tiene que existir afectación directa a la vida y la salud humana, o sea verse enfermedad, en términos coloquiales sangre derramada, lo cual resulta sumamente cruel, en un procedimiento sancionador originalmente creado bajo el prisma de la imputación objetiva, y la búsqueda del cumplimiento de la normatividad ambiental per se cómo primer gran frente de defensa y protección del derecho a un ambiente sano y equilibrado, se diluye a la luz del principio de lesividad del bien jurídica vida y salud, al estilo del Derecho Penal, no hace más que hacer del Derecho Administrativo Sancionador residual, y ultima ratio, quedando atrás su capacidad disuasiva de infractores, y allí radica su inconstitucionalidad al atentar frontalmente contra el numeral 22 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

Adviértase que del total de infracciones donde no se aplicaría ningún beneficio y se aplicaría el 100% de la multa serían solo el 4% de los tipos de infracciones existentes, e implican la probanza del daño ambiental concreto y su causalidad con el infractor. En tanto aquellas cuya infracción causan un daño potencial sobre la vida y la salud de las personas, y daño real sobre la flora y fauna, constituyen el 32% de los tipos de infracciones existentes, a la fecha sobre el particular existen 335 casos, y en cuanto a las infracciones relacionadas a daño potencial sobre flora y fauna, y otras infracciones constituyen el 64% de las infracciones tipificadas por OEFA. En ese orden, de ideas el procedimiento sancionador sería absolutamente excepcional sobre un 4% de infracciones existentes, siendo imposible de acuerdo al artículo 19 de la Ley 30230 imponer una multa disuasiva en el resto de casos.

INFRACCIONES CONTEMPLADAS POR EL OEFA EN PORCENTAJES Y CASOS SEGÚN EL OEFA



- b) **Actividades que se realicen sin contar con el instrumento de gestión ambiental** o la autorización de inicio de operaciones correspondientes, o en zonas prohibidas. Esta norma está dirigida fundamentalmente a combatir las actividades extractivas informales e ilegales como la minería ilegal e informal artesanal que desarrolla en la Región de Madre de Dios, La Libertad, Piura o Loreto que no cuentan ni con concesión otorgada ni instrumento de gestión ambiental aprobada, y obviamente no cuenta con autorización para iniciar operaciones. Esta disposición es una de las pocas garantías que al menos nos queda de consuela para saber que más hondo en la debacle de la institucionalidad ambiental no vamos a llegar, al menos los informales en actividades extractivas serán sancionados.
- c) **Reincidencia**, entendiéndose por tal la comisión de la misma infracción dentro de un período de **seis (6) meses** desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción. Esta disposición no es garantía de aplicación de sanciones efectivas a infractores reincidentes puestos que al señalar que las resoluciones sancionadoras estén firmes implica que no estén en proceso de impugnación, lo que implica no solo agotar la vía administrativa, lo que puede implicar un recurso de reconsideración, otro de apelación en el Tribunal de Fiscalización Ambiental e incluso un proceso judicial contencioso administrativo, lo que va tardar no menos de tres años, tiempo en el que está vigente esta norma (Julio, 2017) por lo que los casos que caerían en este supuesto sería mínimo e insignificante.

Los cambios del procedimiento sancionador del OEFA se observan nítidamente en los gráficos expuestos por el propio Hugo Gomez Apac. Presidente del OEFA. En su presentación titulada: "La prevención y remediación en el procedimiento administrativo sancionador del OEFA" en el "II Seminario Internacional de Derecho Administrativo Sancionador Ambiental: una mirada hacia la remediación ambiental" del 07 de noviembre del 2014:

PRIMER ESCENARIO POSIBLE BAJO EL NUEVO PROCEDIMIENTO “SANCIONADOR” DEL OEFA



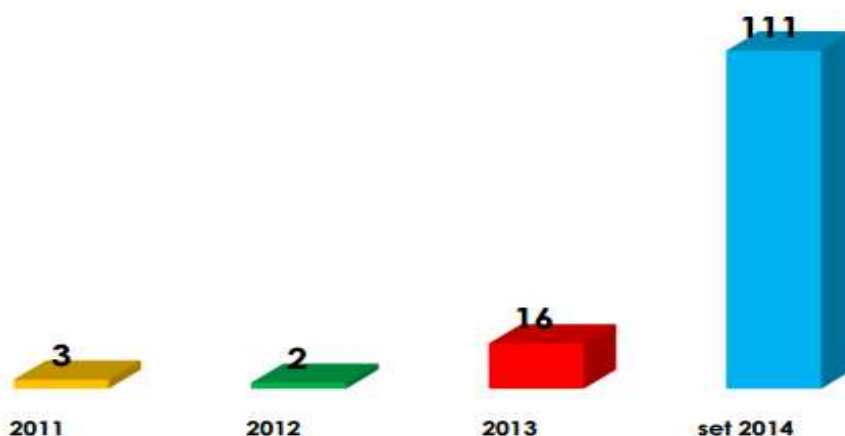
Así las cosas, podemos concluir que el artículo 19º de la Ley N° 30230, es inconstitucional pues rebaja, disminuye salvaguardas medio ambientales, y desprotege con ello el derecho a un ambiente sano y equilibrado, abdicando a su función tuitiva del Estado, al no castigar a los infractores ambientales, ni asegurarse el cumplimiento de la normatividad ambiental, y todo lo contrario, permitiendo que se infrinja sin consecuencia durante los próximos tres (03) años, actuando en segunda instancia, luego de detectada la infracción ambiental y siempre que no se haya adoptado medidas de remediación, se expone a la sociedad en general al aumentar el riesgo socialmente permitido, y dar luz verde a los infractores ambientales para que no adopten medidas de prevención desde el inicio de sus actividades extractivas, y al darles chance de hacerlo en un segundo momento, sin consecuencias jurídicas, luego de descubierta la infracción, he ahí, lo inconstitucional, y lo que contraviene el numeral 22 del artículo 2º de la Constitución Política del Perú.

El jueves 24 de julio de 2014, se aprueba la Resolución de Consejo Directivo N° 026-2014-OEFA/CD, “Normas reglamentarias que facilitan la aplicación de lo establecido en el Artículo 19º de la Ley N° 30230 - Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país”, establece en su artículo 3º, que los procedimientos en trámite relacionados recursos de reconsideración y apelación en caso se confirme al monto de la sanción en primera instancia, o está sea revocada se disponga una multa inferior, esta se reducirá en un 50%. Esto lamentablemente quiere decir que incluso los infractores que hayan sido procesados administrativamente antes de la vigencia de la Ley N° 30230 también serán beneficiarios del descuento del 50% de la multa en aplicación a la retroactividad benigna aplicable al procedimiento sancionador.

Lamentablemente, el artículo 2º de la Resolución de Consejo Directivo N° 026-2014-OEFA/CD señala que “en caso se acredite la existencia de infracción administrativa, pero el administrado ha revertido, remediado o compensado todos los impactos negativos

generados por dicha conducta y, adicionalmente, **no resulta pertinente el dictado de una medida correctiva**, la Autoridad Decisora se limitará a declarar en la resolución respectiva la existencia de responsabilidad administrativa. Si dicha resolución adquiere firmeza, será tomada en cuenta para determinar la reincidencia, sin perjuicio de su inscripción en el Registro de Infractores Ambientales”. Aquí, se aprecia nítidamente la ausencia de capacidad disuasiva del procedimiento sancionador del OEFA puesto que ni siquiera se dictara medida correctiva, y bastara con la medida que haya adoptado el infractor, y menos se le removerá los beneficios ilegalmente obtenidos como consecuencia de su conducta ilícita. Sin embargo, dentro de todo lo negativo aparece el artículo 7° de la mencionada Resolución de Consejo Directivo, según cual al menos el recurso de apelación a una medida correctiva cuando esta se dicte se concede sin efecto suspensivo, esto es, tendrán que cumplirla aunque la impugnada. Mención honrosa merece el hecho que con por obvias razones las medidas correctivas este año han aumentado, aunque no son disuasiva son importantes:

Medidas correctivas dictadas por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA



Fuente: Hugo Gomez Apac. Presidente del OEFA. En su presentación titulada: “La prevención y remediación en el procedimiento administrativo sancionador del OEFA” en el “II Seminario Internacional de Derecho Administrativo Sancionador Ambiental: una mirada hacia la remediación ambiental” del 07 de noviembre del 2014

Un consuelo frente a toda la flexibilización ambiental es la Primera Disposición Complementaria Final de la citada Resolución establece que la participación de terceros con interés legítimo es posible “cualquier persona natural o jurídica con interés legítimo podrá intervenir como tercero interesado en los procedimientos administrativos sancionadores o recursivos que se tramitan ante el OEFA, aportando pruebas sobre la existencia de infracción administrativa o sobre el incumplimiento de una medida cautelar o correctiva, en aplicación de lo establecido en el Artículo 60° de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General.” Los terceros podrán conocer la existencia del procedimiento sancionador o recursivo o solicitando los Resúmenes Públicos de los procedimientos sancionadores a que se refiere la Directiva N° 001-2012-OEFA/CD – Directiva que promueve

mayor transparencia respecto de la información que administra el OEFA. Esta es la puerta de ingreso para que una organización no gubernamental o la propia comunidad indígena afectada por una infracción, ingrese al procedimiento administrativo, para coadyuvar en la defensa, para aportar medios probatorios y además para obtener información sin restricciones pues al ser parte del procedimiento tiene derecho acceder a las piezas procesales del expediente. La primera organización es utilizar este mecanismo es el Instituto IDLADS quién ha ingresado tercero interesado bajo los alcances del interés moral, en el Procedimiento Administrativo Sancionador, Expediente N° 1306-2014, en el cual se están ventilando las sanciones administrativas que PETROPERU, presuntamente, asumiría por haber causado un daño real en el ambiente por haberse producido el derrame de hidrocarburo ocasionado en el Oleoducto Nor-Peruano, distrito de Uraninas, provincia y departamento de Loreto, lo cual afecta gravemente al ambiente, de ser así, este hecho sería pasible de ser sancionado; puesto que, se estaría afectando el interés colectivo y general de la población.

3.3.2. LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 20º DE LA LEY 30230 POR CONTRAVENIR EL NUMERAL 22 DEL ARTÍCULO 2 Y ARTÍCULO 68 DE LA CONSTITUCIÓN POLITICA DEL PERÚ

Las **Zonas Reservadas** son aquellas áreas que reuniendo las condiciones para ser consideradas como Áreas Naturales Protegidas, requieren la realización de estudios complementarios para determinar, entre otras, la extensión y categoría que les corresponderá como tales como lo señala en el artículo 13º de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, Ley N° 26834. El artículo 20º de la Ley 30230 modifica el artículo 7 de la Ley 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas establece que por Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros se establecen las Zonas Reservada, suprimiendo de esta forma la atribución del Ministerio del Ambiente (MINAM) para hacerlo de manera directa y sin injerencia de sectores interesados en actividades extractivas ni intereses políticos y económicos siempre presente en los Consejos de Ministros. El derecho a un ambiente sano y equilibrado, y la obligación del Estado de promover espacios protegidos estaría siendo incumplida en razón a que con esta disposición se disminuye la protección de dichos derechos ambientales y compromisos internacionales asociados a la conservación de la diversidad biológica contraviniendo el numeral 22 del artículo 2º y artículo 66º de la Constitución Política del Perú.

3.3.3. LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 21º DE LA LEY 30230 POR CONTRAVENIR EL NUMERAL 22 DEL ARTÍCULO 2 DE LA CONSTITUCIÓN POLITICA DEL PERÚ

Los Estudios de Impacto Ambiental - EIA son instrumentos de gestión que contienen una descripción de la actividad propuesta y de los efectos directos o indirectos previsibles de dicha actividad en el medio ambiente físico y social, a corto y largo plazo, así como la evaluación técnica de los mismos. Deben indicar las medidas necesarias para evitar o reducir el daño a niveles tolerables e incluirá un breve resumen del estudio para efectos de su publicidad, y su aprobación implica certificación ambiental de acuerdo al artículo 25º de la Ley General del Ambiente. El procedimiento para la certificación ambiental tiene por objeto asegurarse que un proyecto de inversión cumpla con adoptar las medidas necesarias para evitar y prevenir impactos negativos al ambiente, y en caso ello no sea posible, adoptar acciones para mitigar, compensar e indemnizar los mismos. Este procedimiento está

compuesto por cinco etapas, las cuatro primeras se darán ante la entidad que concesiona la actividad productiva, como serían **a)** la solicitud preliminar, **b)** la categorización, **c)** la evaluación del instrumentos, **d)** la aprobación del mismo, y la quinta, **e)** la de control y fiscalización posterior, la debería hacer por excepción la mayoría de entidades con competencias ambientales pues a mediana plazo, estas labores serán transferidas al OEFA como ha ocurrido en minería, electricidad, hidrocarburos, industria manufacturera y pesquería. En el marco, de la tercera etapa el gobierno vuelve a modificar el procedimiento de evaluación de impacto ambiental en lo relacionado a las opiniones técnicas así en el numeral 1 del artículo 21º de la Ley N° 30230, se señala que “en caso de que la entidad encargada de la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental correspondiente a un determinado proyecto de inversión requiera opiniones vinculantes y no vinculantes de otras entidades del sector público, estas deberán emitirse, bajo responsabilidad, en un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles. El hecho de que **no se emita la opinión vinculante en el plazo** antes referido, constituye un incumplimiento de las obligaciones del funcionario responsable de emitirla, quien incurrirá en falta grave aplicable al régimen laboral al que pertenece. En dicho supuesto, se inicia el procedimiento sancionador correspondiente contra el funcionario responsable y **el Titular de la entidad debe emitir la opinión vinculante**, bajo responsabilidad.” En este caso, la presión que se hace sobre las entidades para que emitan opinión dentro del plazo antes señalado, puede por la rapidez de la evacuación del informe reducir la calidad de la evaluación ambiental, y obliga al titular ha de todas maneras emitir opinión técnica vinculante, la parte menos mala, es que no aplican el silencio positivo en caso de omitirse la opinión como el Decreto Supremo N° 054-2013-PCM, aunque esto si ocurre para el caso de la Ley N° 30228 que se aprobó el mismo día de la Ley N° 30230, y aplica el mismo para instalación de antenas, lo que podría considerarse un mínimo avance, pero insuficiente para proteger el derecho a un ambiente sano y equilibrado.

La lógica cambia cuando se trata de un supuesto en que se solicite una opinión no vinculante y esta no fuera emitida dentro del plazo antes referido, el funcionario de la entidad que debe aprobar el Estudio de Impacto Ambiental deberá continuar el procedimiento sin dicha opinión. En caso de no continuar con el procedimiento, dicho funcionario incurrirá en falta grave aplicable al régimen laboral al que pertenece. En dicho supuesto, se inicia el procedimiento sancionador correspondiente contra el funcionario responsable, y el Titular de la entidad debe continuar con el procedimiento de aprobación del Estudio de Impacto Ambiental, bajo responsabilidad. Aquí ya es evidente que se transgrede el derecho a un ambiente sano y equilibrado, e incluso el derecho a la identidad étnica y cultural, porque se establece que en caso de no emitirse opinión no vinculante como por ejemplo la opinión del Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura (MINCU) en caso de indígenas en aislamiento voluntario donde el procedimiento debe proseguir en caso de no continuarlo se incurriría en responsabilidad administrativa, y eso en realidad no es una garantía de derechos constitucionales ambientales e indígenas.

Pero una vez emitidas las opiniones vinculantes y no vinculantes, la entidad encargada de la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental deberá elaborar un informe consolidado de dichas opiniones, que será remitido al solicitante, para las subsanaciones o aclaraciones que correspondan. En dicho informe, la entidad encargada de la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental solo considerará las opiniones emitidas por las entidades en el marco de

sus competencias establecidas en la Ley. Esta disposición se aprueba en razón a que en ocasiones entidades como el SERNANP se pronuncia sobre asuntos no relacionados directamente a espacios protegidos sino a indígenas en aislamiento voluntario que habitan dentro del área natural protegida cuya protección forma parte de la gestión del mismo, sin embargo, existe resistencia del sector productivo de aceptar las observaciones del SERNANP en dicho tema. En ese sentido, podría ser inconstitucional esta disposición al rebajar salvaguardas para la protección del ambiente y los pueblos indígenas cuando históricamente ello ha sido una práctica usual en la evaluación de estudios de impacto ambiental.

3.3.4. LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 22º DE LA LEY Nº 30230 POR CONTRAVENIR EL NUMERAL 22 DEL ARTÍCULO 2 DE LA CONSTITUCIÓN POLITICA DEL PERÚ

El ordenamiento territorial es "un proceso político y técnico administrativo de toma de decisiones concertadas con los actores sociales, económicos, políticos y técnicos, para la ocupación ordenada y el uso sostenible del territorio, la regulación y promoción de la localización y desarrollo sostenible de los asentamientos humanos; de las actividades económicas, sociales y el desarrollo físico espacial sobre la base de la identificación de potencialidades y limitaciones, considerando criterios ambientales, económicos, socioculturales, institucionales y geopolíticos (lineamientos de política para el ordenamiento territorial). Lamentablemente, el artículo 22º de la Ley Nº 30230 vuelve afectar las competencias del MINAM en cuanto a la política nacional de Ordenamiento Territorial ya que esta será aprobada ahora por el Consejo de Ministros, rezagando a esta entidad en su rol de rector en materia de gestión ambiental, y haciendo un asunto técnico ambiental, un tema de carácter político económico, lo que atenta obviamente contra la garantía del derecho a un ambiente sano y equilibrado previsto en el numeral 22 del artículo 2º de la Constitución. Por otro lado, al no priorizar una ocupación del territorio basada en un sustento técnico y participativo, la norma no es coherente con el compromiso asumido por el Estado peruano con relación al "mejoramiento de la gestión territorial y mecanismos para la compatibilización de las actividades productivas y extractivas" de conformidad el "Informe de la Comisión Multisectorial encargada de elaborar propuestas normativas y políticas orientadas a mejorar las condiciones ambientales y sociales bajo las que se desarrollan las actividades económicas, especialmente las industrias extractivas, 2012. Finalmente se olvida que la Dirección General de Ordenamiento del MINAM tiene por propósito fomentar un desarrollo equilibrado y competitivo basado en la ocupación sana y ordenada, y en el uso sostenible de los recursos naturales que eleven la Calidad de vida. Y para conseguirlo debe promover la adecuada ocupación del territorio al amparo del Artículo 36 del Reglamento de Organización y Funciones del MINAM aprobado por Decreto Supremo Nº 007-2008-MINAM lo que evidentemente se dificulta cuando el artículo 22º de la Ley Nº 30230 restringe la Zonificación Económica y Ecológica al prohibir asignar usos exclusivos del territorio, acentuando únicamente el enfoque económico y no el socio-cultural y ambiental lo que inmediatamente va a generar conflictos sociales.

3.3.5. LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 23º DE LA LEY N° 30230 POR CONTRAVENIR EL NUMERAL 22 DEL ARTÍCULO 2 DE LA CONSTITUCIÓN POLITICA DEL PERÚ

El **Estándar de Calidad Ambiental - ECA** es la medida que establece el nivel de concentración o del grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, presentes en el aire, agua o suelo, en su condición de cuerpo receptor, que **no representa riesgo significativo para la salud de las personas ni al ambiente**. Según el parámetro en particular a que se refiera, la concentración o grado podrá ser expresada en máximos, mínimos o rangos. No se otorga la certificación ambiental establecida mediante la Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, cuando el respectivo EIA concluye que la implementación de la actividad implicaría el incumplimiento de algún Estándar de Calidad Ambiental de acuerdo al artículo 31º de la Ley General del Ambiente. Asimismo, el **Límite Máximo Permissible - LMP**, es la medida de la concentración o del grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, que caracterizan a **un efluente o una emisión, que al ser excedida causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente**. Su cumplimiento es exigible legalmente por la respectiva autoridad competente. Según el parámetro en particular a que se refiera, la concentración o grado podrá ser expresada en máximos, mínimos o rangos de acuerdo al artículo 32º de la Ley General del Ambiente. No olvidemos que todo titular de operaciones es responsable por las emisiones, efluentes, descargas y demás impactos negativos que se generen sobre el ambiente, la salud y los recursos naturales, como consecuencia de sus actividades incluyendo los riesgos y daños ambientales que se generen por acción u omisión de acuerdo al artículo 74º de la Ley General del Ambiente.

En uno de los retrocesos más importantes de la institucionalidad ambiental no solo ha sido la pérdida del Ministerio del Ambiente de poder establecer vía aplicación del principio precautorio Zonas Reservadas, fundamentales para desarrollar estudios técnicos que sostengan el expediente de categorización del espacio protegido, y ahora serán más difíciles de establecer por toda la burocracia que tendrán transitar a nivel de los sectores productivos como el sector de producción, y energía y minas, o incluso el de economía, y el propio Consejo de Ministros, con lo cual se disminuyen los resguardos al ambiente y la diversidad biológica. Y como la cereza en la dismantelación de la institucionalidad ambiental nos llega el artículo 23º de la Ley N° 30230, que señala: “los **Estándares de Calidad Ambiental (ECA) y los Límites Máximos Permisibles (LMP)** (...) deben basarse en criterios de protección de la salud, el ambiente, así como en **un análisis de impacto regulatorio y económico sobre las industrias y poblaciones involucradas**. La aprobación y actualización periódica de los Estándares de Calidad Ambiental (ECA) y Límites Máximos Permisibles (LMP) (...) **se efectuará mediante decreto supremo refrendado por los sectores vinculados** y se realizará sobre la base de los criterios y análisis mencionados en el párrafo precedente.” En otros términos, ahora el Ministerio del Ambiente (MINAM) no podrá como antes aprobar los LMPs y ECAs por su cuenta, sino requiere del voto aprobatorio del Consejo de Ministros, y los sectores productivos con intereses en el espacio donde se establezca la Zona Reservada deberán refrendar su norma de creación, con lo cual un asunto técnico ambiental pasa a ser supeditado a intereses económicos y políticos, no es casual que la norma establezca como criterios el análisis económico sobre las industrias, supeditando la conservación a dicho criterio, con lo cual se desprotege el ambiente sano y equilibrado, y se contraviene el numeral 22 del artículo 2º de la Constitución Política del Perú.

El espíritu de la Ley N° 30 230 es de agilizar al máximo la Legislación Ambiental especialmente la referida a certificaciones Ambientales de allí se explica cómo mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro del Ambiente y por el Ministro de Agricultura y Riego se establecerán las disposiciones orientadas a integrar los procedimientos de evaluación y otorgamiento de autorización de desbosque, autorización de vertimientos y reúso de aguas residuales tratadas con instrumentos del sistema nacional de Evaluación de Impacto Ambiental. Ello quiere decir que habrá menor análisis técnico ambiental y por tanto menores garantías a un Ambiente Sano y Equilibrado en aras a dar mayores facilidades a la inversión privada, lo que definitivamente también afectara los procesos de participación ciudadana y consulta previa tan importantes en comunidades campesinas y nativas.

4. LA ÚLTIMA ESTOCADA AL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL Y LA BUSQUEDA DEL GREMIO MINERO DE LA SUPRESIÓN DEL APOORTE POR REGULACIÓN MINERA DEL OEFA

Un sector del gremio empresarial representado por la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía no solo sea empeñado en promover la Ley N° 30230, y debilitar la institucionalidad ambiental, especialmente en el plano de la fiscalización sino que además se propuesto suprimir el Aporte por Regulación del sector minero al OEFA, tributo con el cuál se financian las actividades de este ente fiscalizador, para lo cual ha interpuesto como Sociedad una (01) Acción Popular con el Decreto Supremo N° 130-2013-PCM, mientras otras empresas del sector, han realizado cuatro (04) denuncias administrativas por barreras burocráticas ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual– INDECOPI, y otras mineras han interpuesto dieciséis (16) acciones de amparo, todas acciones legales a eliminar el referido aporte, y disminuir al máximo los ingresos que recibe OEFA para sus labores, lo cual pone en serio riesgo el derecho a un ambiente sano y equilibrado. En el colmo de todo, INDECOPI, no ha querido suspender el procedimiento administrativo en virtud del artículo 64.1 de la Ley del Procedimiento General Administrativo, Ley N° 27444, por la existencia de una Acción Popular cuyo resultado incidirá directamente en los procedimientos administrativos, argumentando que son distintas las partes en litigio, olvidando el efecto erga omnes de la mencionada acción constitucional, y lo absurdo que serían decisiones contradictorias de la autoridad administrativa y judicial, máxime ante la actual imposibilidad de los tribunales administrativos de realizar control difuso de acuerdo al precedente del Tribunal Constitucional, STC N° 4293-2012-PA/TC. No olvidemos que en ese escenario el terrible artículo 12 de la Ley N° 30230 que establece que las multas impuestas ya no constituyen recursos ordinarios de la entidad fiscalizadora sino que son recursos del tesoro público, y veremos cuanto se quiere debilitador al fiscalizador de obligaciones socio ambientales.

CUADRO DE ACCIONES LEGALES INTERPUESTAS POR EL GREMIO MINERO REGULACIÓN DEL SECTOR EN CONTRA DEL APOORTE POR REGULACION MINERA DE OEFA

DENUNCIA ANTE LA COMISIÓN DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRATICAS DEL INDECOPI	PROCESOS DE AMPARO	PROCESO DE ACCIÓN POPULAR
MINERA PAMPA DE COBRE S.A. EXP. N° 000124-2014/CEB	MINERA YANACocha S.R.L EXP. N° 14597-2014-0-1801-JR-CI-10	SOCIEDAD NACIONAL DE MINERÍA PETROLEOS Y ENERGÍA EXP. N° 00220-2014-0-1801-SP-CI-06

COMPAÑÍA MINERA VICHAYCOCHA S.A.C. EXP. N° 000143-2014/CEB	COMPAÑÍA MINERA COIMOLACHE S.A. EXP. N° 15536-2014-0-1801-JR-CI-10	
COMPAÑÍA MINERA CAUDALOSA S.A. EXP. N° 000148-2014/CEB	COMPAÑÍA MINERA ATACocha S.A.A. EXP. N° 13937-2014-0-1801-JR-CI-10	
SOCIEDAD MINERA CORONA S.A.C. EXP. N° 000162-2014/CEB	VOTORANTIM METAIS-CAJAMARQUILLA S.A. EXP. N° 13951-2014-0-1801-JR-CI-10	
	COMPAÑÍA MINERA ARES S.A.C. EXP. N° 14012-2014-0-1801-JR-CI-05	
	CONSORCIO MINERO HORIZONTE S.A. EXP. N° 14261-2014-0-1801-JR-CI-05	
	MINERA COLQUISIRI S.A. EXP. N° 13334-2014-0-1801-JR-CI-05	
	SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE S.A.A. EXP. N° 2039-2014-0-0401-JR-CI-09	
	HUDBAY PERÚ S.A.C. EXP. N° 14343-2014-0-1801-JR-CI-01	
	SOCIEDAD MINERA EL BRONCAL S.A.A. EXP. N° 15508-2014-0-1801-JR-CI-06	
	COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A. EXP. N° 21849-2014-0-1801-JR-CI-05	
	COMPAÑÍA MINERA IMPALA S.A. EXP. 1294-2014	
	SOUTHERN PERU COOPER CORPORATION SCC EXP. N° 13931-2014-0-1801-JR-CI-09	
	COMPAÑÍA MINERA ANTAPACCAY S.A. EXP. N° 13492-2014-0-1801-JR-CI-07	
	COMPAÑÍA MINERA BATEAS S.A.C. EXP. N° 27909-2014-0-1801-JR-CI-03	
	COMPAÑÍA DE MINAS BUENAVENTURA S.A.A. EXP. N° 15521-2014-0-1801-JR-CI-03	

ELABORADO POR: KARÍN PAREDES JAULER – EQUIPO LEGAL IDLADS-PERÚ

El 14 de mayo del 2008, mediante Decreto Legislativo N° 1013, se creó el OEFA, posteriormente se realizó el proceso de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería-OSINERGMIN a la OEFA, mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM. Y finalmente el OEFA asumió competencia para fiscalizar, supervisar y sancionar en las actividades mineras de los titulares de la gran y mediana minería mediante Resolución de Consejo directivo de la OEFA N° 003-2010-OEFA/CD, por lo que era absolutamente razonable en aplicación del principio de internalización de costos se transfieran al OEFA los recursos provenientes del aporte por regulación del sector minero para efectos de poder llevar adelante estas funciones. Así mediante Ley N° 29951 Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2013 en su Cuadragésima octava Disposición Complementaria y Final se dispuso que las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental relacionadas al sector energía y minas que desarrolla el OEFA se financie por encargo al aporte de regulación a que se refiere el artículo 10º de la Ley N° 2733. Asimismo se indicaba que por el Decreto Supremo refrendado por el presidente del Consejo de Ministros, Ministro del Ambiente y el Ministro de Energía y Minas, se determinaría el porcentaje que corresponde a la OEFA por el aporte de Regulación. Recordemos que mediante Ley N° 30 011 Ley que modifico la Ley N° 29 325 Ley del Sistema Nacional de Fiscalización Ambiental se dispuso en su Tercera Disposición Complementaria Final que las funciones de fiscalización en materia ambiental relacionadas con las actividades de Energía y Minería que desarrolla el OEFA se financien con cargo al aporte por regulación

establecida en la Cuadragésima Octava disposición Complementaria Final de la Ley N° 29 551 Ley de Presupuesto del año Fiscal 2013, y en dicho marco se aprueba el Aporte por regulación minera a favor de OEFA mediante Decreto Supremo N° 130-2013-PCM.

La fiscalización ambiental que realiza el OEFA es una modalidad de **regulación** (la llamada **regulación social**), por lo que técnicamente es un órgano regulador al que se le aplica la Ley Marco de los Organismo reguladores 27 332 y por tanto le correspondería un aporte por regulación al sector que supervisa y fiscaliza así como en este caso sería el de la gran minería. Nótese que existen tres elementos que determinan la función regulatoria como son la capacidad de emitir normas, modificar comportamientos y recolectar información a efectos de verificar el cumplimiento de las normas emitidas. La regulación social comprende las normas sobre protección del ambiente, tal como se desprende la Res. 004-2008/TDC-INDECOPI fundamentos 9 y 10: ***“Es el conjunto de instrumentos de política pública que, de manera ex ante, tiene por objeto minimizar las externalidades, corregir las asimetrías de información y reducir los costos de transacción. Son ejemplos de este tipo de regulación, aunque en diferentes intensidades, las normas sobre zonificación y licencias de funcionamiento de establecimientos comerciales, las normas de tránsito y las que exigen que los vehículos automotores cumplan con determinados requisitos técnicos, las normas de protección del ambiente que establecen limitaciones en las emisiones de gases tóxicos, la obligación de obtener autorizaciones sanitarias para comercializar productos de consumo humano”*** (...). En el sector ambiental, la **regulación social** se justifica en que los ecosistemas, el aire, los recursos hídricos, los bosques y los demás componentes del ambiente son bienes que deben ser protegidos²¹⁷. Las empresas suelen no considerar en sus costos el impacto negativo de su actividad, causando con ello, la degradación ambiental. Por lo tanto, **el objetivo de la regulación social es obligar al productor a asumir los costos totales de la producción (incluyendo los costos de la contaminación)**, en lugar de transmitirlos a la sociedad. De esta forma, este tipo de regulación se orienta a proteger el ambiente a fin de garantizar el bienestar de las generaciones presentes y futuras.

Así pues para instrumentar la regulación social, se pueden llevar a cabo **inspecciones, verificaciones, imposición de sanciones y medidas correctivas, esto es, acciones de fiscalización ambiental**. En ese sentido, el **OEFA cumple la función de regulación social**, pues ejerce la fiscalización ambiental. Esto es, cuenta con facultades de evaluación, supervisión y fiscalización ambiental, en estricto, así como de aplicación de incentivos, para lograr que las empresas cumplan con la normativa ambiental y, de esta manera, se reduzca la contaminación. Esta entidad, a través de los mecanismos de *comando y control*, regula (socialmente) la actividad de las empresas que impactan en el ambiente. Para ello, supervisa y fiscaliza que las empresas cumplan con sus obligaciones ambientales (Límites Máximos Permisibles - LMP y Estándares de Calidad Ambiental - ECA). Si verifica que incumplen sus obligaciones ambientales, impone sanciones y medidas correctivas (remediación), con el propósito de desincentivar este comportamiento con el fin de proteger el ambiente.

Si una empresa minera desconoce este aporte por regulación a favor de OEFA, esto es el Decreto Supremo N° 130-2013-PCM, abiertamente inobserva el principio de internalización de

²¹⁷ La mayoría de los bienes y servicios ambientales no se transan en los mercados (no se paga un precio por su uso). Lo anterior lleva a que usualmente no se considere su valor económico en las decisiones sobre uso de recursos, generándose externalidades ambientales y sobreexplotación de los recursos naturales.

costos previsto en el artículo VIII de la Ley General del Ambiente que señala: *“toda persona natural o jurídica, pública o privada, debe asumir el costo de los riesgos o daños que genere sobre el ambiente. **El costo de las acciones de prevención, vigilancia, restauración, rehabilitación, reparación y la eventual compensación, relacionadas con la protección del ambiente y de sus componentes de los impactos negativos de las actividades humanas debe ser asumido por los causantes de dichos impactos.**”* Nótese, que los costos de vigilancia y prevención deben correr a cargo del titular del proyecto minero que genera los riesgos ambientales y sociales, y debido a ello, justamente se justifica el Decreto Supremo N° 130-2013-PCM, con el cual el gremio minero internaliza los costos por supervisión, vigilancia y prevención, sería absurdo que con fondos del tesoro público y con la tributos de todos los peruanos se solvete las fiscalizaciones minero ambientales del OEFA, y además contradeciría el Principio 16 de la Declaración de Río que señala: *“las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que **el que contamina debe, en PRINCIPIO, cargar con los costos de la contaminación,** teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.”*

El aporte por regulación del sector minero del OEFA, tiene su sustento en el desarrollo sostenible pues implica que los titulares de las actividades productivas asuman la responsabilidad de internalizar los costos de prevención, supervisión, vigilancia y fiscalización de los impactos negativos que puedan generar, y de las medidas previstas para evitarlos, prevenirlos, mitigarlos, compensarlos o indemnizarlos, lo que se viene logrando con el tributo antes mencionado. La desaparición de la contribución antes señala significaría un grave impacto en el mercado, la competitividad y el desarrollo sostenible del país, pues quien genera los impactos negativos en el ambiente se está negando asumir los costos que implica velar porque su actividad no impacte gravemente en el derecho a un ambiente sano y equilibrado de las poblaciones afectadas por el proyecto, tanto presentes como futuras, por lo que sería un incoherente que nuestro ordenamiento jurídico, quiebre el principio de quien contamina paga, cuando se hace pagar a la sociedad en general y el Estado, los costos de vigilancia, supervisión y fiscalización ambiental como una obligación inherente a todo titular de proyecto en resguardo de los derechos ambientales e indígenas de las poblaciones afectadas por sus actividades económicas. En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, de la Economía Social de Mercado y del Desarrollo Sostenible, la responsabilidad social se constituye en una conducta exigible a las empresas, de forma ineludible.²¹⁸ Por tanto, el aporte por regulación minera al OEFA también tiene un sustento en la responsabilidad social de las empresas del sector minero puesto que es una obligación que trasciende lo legal y es parte de ese orden publico constitucional de ineludible cumplimiento.

La suerte del aporte por regulación en el sector minero de la OEFA se debate entre los poderes facticos de grupos económicos mineros, y el Derecho, puesto que contra todo pronóstico, pese a la existencia de una acción popular en el Poder Judicial, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas de INDECOPI no suspendió el procedimiento administrativo de acuerdo a la solicitud formulada por el Procurador del OEFA al amparo del artículo 64.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, y sin más lo inaplico por considerarlo una traba burocrática para el mercado de la actividad minera

²¹⁸ Fundamento 25 del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

mediante la Resolución 423-2014/CEB-INDECOPI del 14 de octubre del 2014, pese a que el Tribunal Constitucional mediante STC 4293-2012-PA/TC estableció que ninguna autoridad administrativa podía realizar control difuso ni inaplicar una norma, igual suerte corrió el aporte por regulación minera de OSINERGMIN, aunque extrañamente con menos ruido mediático. Lo irónico del caso vendría luego cuando la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Lima, en el Expediente 220-2014, fallaría declarando infundada la demanda de acción popular interpuesta contra el Aporte por Regulación Minera del OEFA por parte de la Sociedad Nacional de Minería, Energía y Petróleo, y constitucionalizaría el citado tributo. A diciembre del 2014, se espera la resolución en segunda instancia de ambos casos, y todo indica que se confirmara la constitucionalidad del citado tributo, aunque las sorpresas en el debilitamiento de la institucionalidad ambiental siempre están a la vuelta de la esquina, y como en el deporte todo puede ocurrir, lamentablemente debemos decirlo.

5. CONCLUSIONES

- 5.1.** La Ley N° 30230 en sus artículos 19º al 24º resulta inconstitucional pues atenta contra el derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado que implica respetar los principios del derecho ambiental, y permitir que existan mecanismos concretos de protección al ambiente como sería un OEFA que pueda desarrollar de ordinario su procedimiento sancionador, un MINAM que pueda establecer Zonas Reservadas, aprobar ECAs y LMPs, así como liderar el procedimiento técnico político de ordenamiento territorial, y no reduciendo los procedimientos de certificación ambiental a meros tramites, vía una simplificación administrativa donde el gran perdedor es la biodiversidad, el patrimonio natural y cultural, el medio ambiente, la salud pública, la calidad de vida, el derecho a la identidad étnica y cultural, la participación ciudadana, y la vida de las poblaciones afectadas por proyectos productivos con lo cual no se respeta el numeral 22 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, lo que producirá un impacto negativo y conflictividad social derivada de esta flexibilización ambiental irracional tales como:

Primero; producirá conflictos sociales pues al prohibir de plano la imposición de multas por parte de OEFA por los próximos tres (03) años en los casos de infracciones ambientales que no deriven en daños ambientales reales sino potenciales, va generar una cultura empresarial que no prevendrá los riesgos al ambiente y la salud humana, ahorrando costos, especialmente porque sabe que si es descubierto, tendrá derecho a no ser multado, si remedia y corrige la omisión, y de hacerlo incluso se puede salvar de medidas preventivas o correctivas. Ello a la postre podría generar un incumplimiento planificado de obligaciones sociales y ambientales derivadas de los estudios de impacto ambiental y normatividad ambiental, que empiece a generar conflictividad, debido a que la población puede resentirse al observar que “no pasa nada” si la empresa incumple, y ya se ha perdido la capacidad disuasiva del Estado mediante las multas.

Segundo; exigir que solo cuando exista un daño ambiental grave y real pueda iniciarse un procedimiento sancionador, va generar conflictividad pues los resultados de la contaminación van a tardar, especialmente los daños futuros, y ello puede caldear el ánimo y la paciencia de las poblaciones afectadas, para quienes es evidente que la infracción debe ser sancionada o que debe existir un reproche jurídico por haberse incumplido obligaciones socio ambientales,

y existir responsabilidad objetiva acreditada pese a lo cual se le perdona la multa por esta moratoria impuesta por el artículo 19º de la Ley No 30230.

Tercero; el refrendo del Consejo de Ministros en la creación de las Zonas Reservadas, así como en los Estándares de Calidad Ambiental, y los Límites Máximos Permisibles, al politizar un tema tan técnico, lo que va generar son parámetros que realmente no resguarden el ambiente y la salud de las personas, y en el peor de los casos se dilata por años su aprobación o incluso ni siquiera se aprobarán LMP o ECAs.

- 5.2.** El OEFA ha perdido completamente su rol de ente fiscalizador, y ha pasado a ser una especie de Defensor del Pueblo Ambiental que persuade a los infractores a que cumplan las normas, siendo incapaz de ordinario ya de imponer una multa y de reprochar con ello conductas no queridas en el mercado, peor aún, se ha esfumado su capacidad disuasiva puesto que ahora solo podrá enfocarse en la remediación y en la corrección, habiendo renunciado a la facultad de decomisarle al infractor los beneficios ilegalmente obtenidos mediante el ahorro de costos en medidas de prevención, que antes se lograba mediante la multas, fomentándose así, una cultura bajo la cual, si descubren mi omisión o falta, recién implementaré las obligaciones ambientales o sociales debidas, lo que seguramente generara una enorme conflictividad con la población, que vera en esta conducta omisiva del OEFA, impunidad y el resto será el inicio de una crisis, y posterior conflicto social. La fiscalización del OEFA entraña necesariamente la imposición de multas que cumplen una finalidad disuasiva necesaria en todo mercado para una competencia leal y el respeto de los derechos ciudadanos, ello de manera independiente de las medidas de remediación y corrección que el OEFA deba dictar. No olvidemos que mediante las multas se puede hacer pagar no solo pecuniariamente sino moralmente ante una sociedad que repudia la impunidad y la injusticia, y que requiere de estos mecanismos ejemplificadores, ningún fiscalizador estatal, puede sobrevivir sin capacidad de imposición de multas, que es lo que realmente le da la fuerza coercitiva sus normas, y es garantía de los derechos ambientales e indígenas en nuestro país.
- 5.3.** Es absolutamente inconsecuente que estemos queriendo adoptar medidas reales para combatir el Cambio Climático, y para ello desmantilemos al Ministerio del Ambiente, al eliminar su facultad de crear Zonas Reservadas para proteger biodiversidad, y negarle la posibilidad de proteger el ambiente, y la salud de las personas, cuando le impido sea este sector el que pueda aprobar Estándares de Calidad Ambiental, y Límites Máximos Permisibles, y lo subordino a intereses económicos y políticos. Peor aún, cuando es muy lenta la implementación de la consulta previa, así como del Servicio Nacional para la Certificación de Inversiones Sostenibles (SENACE) la actualización de reglamentos de protección ambiental de los sectores productivos, en los que busco hacerlo, como el de energía y minas, se hace disminuyendo los resguardos ambientales. Resulta sumamente preocupante que en el Perú, se entienda por desarrollo lo económico sin tener en consideración el ambiente y los derechos de las personas, por eso, es que es inevitable que esta normatividad genere una enorme conflictividad, y posiciones radicales, y consigan todo lo contrario al desarrollo: retraso y caos.
- 5.4.** No debemos olvidar que tenemos un sector empresariado en el ámbito minero energético poco creativo, cavernario, y primitivo que busca obtener grandes ganancias con un alto costo social y ambiental, y lo demuestra no solo promoviendo las medidas como los Decretos Supremos N° 054 y 060-2013-PCM, la Ley N° 30228, y la Ley N° 30230, sino incluso yendo más lejos todavía,

al negarse a internalizar costos de producción, como el pago de la tasa por fiscalización ambiental por regulación minera de OEFA y OSINERGMIN, que la cuestionan mediante 16 acciones de amparo, dos acciones populares y denuncias ante el INDECOP, por trabas burocráticas, lo que se puede resumir en una frase: “no queremos pagar porque nos fiscalicen aunque nuestra actividad sea riesgosa y peligrosa, si nos quieren fiscalizar pues los recursos para ello deberán salir del dinero de todos los peruanos”. Así, las cosas tenemos un sector de empresarios extractivos que no son socialmente responsables, y que quieren lograr rentabilidad a costa del ambiente, de derechos ambientales, indígenas, y laborales, y no asumiendo los costos de la actividad productiva, y ese es justamente el inversionista que no necesitamos, y debemos decirles que con esa lógica no llegaran a ningún lado.

LA ESTRATEGIA JUDICIAL DE PLUSPETROL PARA DESCONOCER SUS OBLIGACIONES SOCIOAMBIENTALES Y EL FIN DE LA FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

- Tiempo de cerrar filas en defensa del OEFA e impedir la expansión de la impunidad ambiental-

Equipo Legal IDLADS PERÚ



Cocha Shanshococho contaminada – junio del 2012



Foto Servindi: Desaparición de Shanshococho – octubre del 2012

1. INTRODUCCIÓN

El Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SNEI) tiene por objeto ser un mecanismo de alerta temprana para evitar impactos negativos derivados de actividades extractivas, mediante la asunción del titular de obligaciones socio ambientales que evitaren la degradación del ambiente, y la afectación de la cultura de la comunidad local, de esta forma se asegura por ejemplo que una empresa petrolera luego de ocurrido un derrame de hidrocarburos, lo remedié en un tiempo razonable. Por otra parte, el Sistema Nacional de Fiscalización y Evaluación Ambiental-SINEFA, tiene por objeto la identificación de pasivos ambientales y la fiscalización de las obligaciones socioambientales de las empresas extractivas especialmente cuando entrañan resguardos ambientales a ecosistemas frágiles o a la integridad cultural de un pueblo indígena, este es el caso de la fiscalización de Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental-OEFA del cumplimiento de las obligaciones ambientales derivadas del Plan Complementario Ambiental (PAC) de Pluspetrol Norte o cuando el propio OEFA identifica Pasivos Ambientales de Hidrocarburos ocasionados por la mencionada empresa. ¿Qué pasaría en un mundo donde una empresa petrolera consigue exonerarse judicialmente de sus obligaciones socioambientales, y encima anula la facultad de Estado de identificar pasivos ambientales que ella genera, y se inventa una tierra sin Ley Ambiental, y donde literalmente se hace intocable? Increíblemente ese lugar tiene nombre y se llama Perú, y la empresa que inventó esta isla de impunidad es Pluspetrol Norte. Y este texto pondrá en descubierto las estrategias utilizadas para lograrlo, y de qué manera IDLADS PERU le está haciendo frente.

2. ANALISIS

2.1. LA EMPRESA QUE DESAPARECIÓ UNA LAGUNA DE 2.856 METROS CUADRADOS SIN CAUSAR INDIGNACIÓN NACIONAL

Una de las atracciones turísticas en la capital es sin duda el *“Circuito Mágico del Agua”*, un homenaje a un elemento fundamental en la vida, que ha llegado a congregarse en un solo día Domingo 20 mil personas para contemplar la belleza del agua en todas sus formas. Ahora imagínense que una empresa desaparezca sin mayor explicación ni justificación dicho Parque, seguramente generaría interminables titulares y la indignación nacional, que no pararía hasta sancionar a los responsables y restaurar el lugar. Ahora recordemos un caso real, en la Región de Loreto, en pleno territorio indígena, una empresa llamada Pluspetrol Norte no tuvo mejor idea que luego de contaminar una laguna de 2.856 metros cuadrados, conocida bajo el nombre de Shanshocochoa, ubicaba en el lote 1AB, en Andoas, Loreto; ante la eminencia de la llegada de una Comitiva del Congreso, en octubre del 2012, desaparecerla para siempre ante el estupor e indignación de la Población Indígena, y apenas con una tibia respuesta de los medios de comunicación nacionales y políticos que al poco tiempo olvidaron el suceso, pese a que el OEFA multaría a la empresa por tamaño despropósito con cerca de 20 millones de soles, sanción que la empresa impugnaría.

2.2. EL DÍA QUE UNA EMPRESA HIZO LETRA MUERTA A UN PLAN DE REMEDIACIÓN AMBIENTAL

Dicen que en nuestra sociedad peruana la palabra tiene un valor y la buena fe es un principio que ilumina los acuerdos y contratos, y como no, la implementación de Instrumentos de Gestión Ambiental que en principio son propuestos por la empresa y aprobados por el Estado, para evitar daños ambientales o reparar los mismos. Pues bien erase una vez una empresa que propuso una metodología para limpiar la contaminación ambiental de su concesión, y con los plazos vencidos para su cumplimiento, decidió desconocer su compromiso inicial, y decir que su metodología de remediación era inejecutable, porque ya la madre naturaleza había regenerado el lugar mejor de lo que él había propuesto. Como fue incomprendida por el Ministerio de Energía y Minas-MINEM no tuvo mejor idea que acudir a su hada madrina llamada Poder Judicial para que le conceda el deseo de inventar un país de las maravillas de la impunidad ambiental, que le permita desconocer sus compromisos socioambientales, declarando inejecutable su Plan Ambiental Complementario-PAC en el Lote 8X, sin que poco o nada pueda hacer el MINEM, que tuvo que resignarse a perder sin atenuantes, pues no tenía padrinos mágicos ni superhéroes, imaginación, y menos se dejó ayudar por IDLADS. A su lado, en paralelo, en otro frente, el OEFA multaba con casi 29 millones de soles a Pluspetrol Norte por no cumplir su PAC, quien no perdonaría la afrenta, y buscaría al OEFA en su terreno favorito el Proceso Contencioso Administrativo, y lo esperaría con una Sentencia de la Corte Suprema que había declarado inejecutable el PAC que reclamaban ser cumplido. Es increíble como nuestro país puede dar lugar a hoyos negros de impunidad ambiental, pero más sorprendente todavía es que nuestra sociedad no se horrorice ni escandalice frente a este cáncer social que se viene comiendo nuestros bosques y la vida de nuestros Pueblos Indígenas.

2.3. LA EMPRESA QUE INTERDICTO JUDICIALMENTE AL OEFA

Nuestra adolescente OEFA muy temprano entendió el poema de Cesar Vallejo *“Hay golpes en la vida tan fuertes yo no sé”* cuando seis años después de creada, el artículo 19 de la Ley 30230, hace

su Procedimiento Sancionar excepcional, y expulsa injustamente a la Dirección de Fiscalización, Sanciones e Incentivos, del escenario protagónico del SINEFA, y la obliga a cargar todas sus esperanzas en los hombros de la Dirección de Supervisión quien tendría para brillar que realizar la identificación de pasivos ambientales, especialmente de Hidrocarburos, en el ámbito de Loreto. Ciertamente, OEFA al principio no quiso asumir dicha labor y tuvo que jalarle las orejas IDLADS-PERÚ para que vía una Acción de Cumplimiento asuma su rol, y ello se traduzca en la Resolución Ministerial N° 042-2013-MINAM, además de una sentencia que le ordena dar cumplimiento al Artículo 3 y 4 de Ley que regula los Pasivos Ambientales de Hidrocarburos obligándolo, a emitir informes sobre identificación de pasivos ambientales en el año 2013. Hasta allí el mundo soñado por IDLADS casi como para decir el Estado existe y funciona. Poco nos duró el sueño, cuando en Enero del 2015, la Pluspetrol Norte fractura al OEFA, y la inhabilita para seguir jugando el rol de Entidad Identificadora de Pasivos Ambientales de Hidrocarburos al conseguir una medida cautelar que dejaba sin efecto un informe que descubría más de **90 lugares contaminados** por hidrocarburos en la concesión del Lote 1AB de dicha empresa.

2.4. IDLADS AL RESCATE DE OEFA (OTRA VEZ)

No es excepcional que el IDLADS y el OEFA se encuentran unidos bajo una misma causa la primera vez fue por el Aporte por Regulación en el Sector Minero donde IDLADS-PERÚ presento 7 Amicus Curiae: 6 en las Acciones de Amparo interpuestas por mineras para no pagar dicho aporte (el colmo), 1 en la sede del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual INDECOPI para que no se considere como traba burocrática de ingreso al mercado dicho aporte, y una incorporación en la Acción Popular interpuesta por la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía, el cual gana OEFA en primera instancia. Ciertamente también tenemos nuestras diferencias con ellos prueba de ello son la Acción de Cumplimiento que le ganamos para que identifique pasivos ambientales de hidrocarburos, y la Acción popular en la cual solicitamos sea OEFA la única Entidad que emita Informe Técnicos Sustentatorios para Delitos Ambientales, lo que prueba que no somos una ONG aduladora o interesada, sino crítica y objetiva. Hoy toca, otra vez, ir al rescate de la OEFA, y lo hacemos con mística, vocación y coraje para hacer valer esta vez su competencia de identificar pasivos ambientales de hidrocarburos, y no permitir que se sienta un precedente nefasto en la fiscalización ambiental de las empresas

3. PLUSPETROL, LA DEPREDACIÓN DE LA OEFA Y EL FIN DE LA FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

La estrategia judicial de Pluspetrol nos recuerda la receta seguida por el 95 % de empresas de juegos de casinos y máquinas de tragamonedas a fines del siglo XX que funcionaban sin licencia ni autorización administrativa del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo-MINCETUR, gracias a una Acción de Amparo, haciendo colapsar la fiscalización y control estatal. Ahora sabemos el sueño de Pluspetrol que es crear una isla sin control estatal, y ello lo demuestra cuando judicializa el cumplimiento de su PAC el Lote 8X, y no nos extrañaría haga lo mismo con su futuro Plan de Abandono del Área que como actualmente ya se conoce no incluye los 92 lugares contaminados descubiertos por Pluspetrol, y que quiere que las autoridades estatales se tapen los ojos frente a los mismos. El mensaje es claro a la sociedad: puedo incumplir mis obligaciones socioambientales como empresa acudiendo al Poder Judicial, y eso ya otras empresas lo vieron, anoten primera fisura al Sistema de Gestión Ambiental, y el otro golpe mortal lo están dando a la fiscalización ambiental cuando consiguen judicialmente anular un informe de supervisión de la OEFA, y con ello impide la remediación ambiental, y una futura posible sanción. Por esa senda el OEFA encontrara

la muerte súbita de sus competencias y funciones de supervisión y fiscalización, y el Artículo 19 de la Ley 30 230 pareciera una roca gigante atada al pie de este organismo para ahogarlo en la inacción y decidía que no queremos. De ahí la importancia de tomar conciencia de estos hechos, y hacerle frente, en un proceso de cumplimiento en donde se juega el futuro de la identificación de pasivos ambientales de hidrocarburos y de la fiscalización ambiental.

4. LA OFENSIVA JUDICIAL DE IDLADS CONTRA PLUSPETROL EN DEFENSA DEL OEFA Y LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE LAS CUATRO CUENCAS

El Equipo Legal de IDLADS frente a lo expuesto se hizo presente en el Primer Juzgado Civil de Loreto, para explicarle al juez los impactos negativos que genera a los pueblos indígenas la medida cautelar concedida, sin embargo, se reusó a recibirnos y siquiera permitirnos dar lectura al expediente. Ante ello, fuimos a buscar al Presidente de la Corte Superior de Justicia de Loreto (e), quién inmediatamente nos recibió y nos manifestó que estaba realmente indignado con la conducta del magistrado, y que ya había informado al Órgano de Control para que se haga cargo, y que nos exhorto hacer todo las diligencias que correspondan pues entendía que el juez se había excedido de sus facultades. En función de ello, solicitamos por escrito nuestra incorporación al proceso, y luego también exigimos que se resuelva la oposición a la medida cautelar presentada por la Procuradora del OEFA pues ya había vencido el plazo para hacerlo de acuerdo a nuestra normatividad procesal. El horror ambiental se incrementa cuando recordamos las vacaciones judiciales de todo febrero que literalmente pareciera esperadas por el despacho judicial, y celebradas por nuestra querida empresa Pluspetrol pues mientras tanto la medida cautelar quedaría incólume ante la desesperación de la OEFA y la indignación de nuestros pueblos indígenas. Sin embargo, nosotros esperamos, (dígnanos ingenuos si quieren) que en este caso llegue pronto la justicia ambiental para nuestros pueblos indígenas.

5. REINVINDICANDO DERECHOS INDÍGENAS DE LAS CUATRO CUENCAS: EL DERECHO DEL PAGO POR USO Y COMPENSACIÓN DE TIERRAS INDÍGENAS

Un 14 de agosto del 2014, IDLADS cumple una promesa hecha a los pueblos indígenas allá a fines del 2011, cuando el Séptimo Juzgado Constitucional de Lima admite una acción de amparo contra el Ministerio de Energía y Minas para que se implemente un programa de compensación por uso de territorios indígenas por servidumbres autorizadas en las Resoluciones Supremas N° 060-2006-EM, y N° 061-2006-EM, y otras que de facto vienen utilizando Pluspetrol de los Lotes 1 AB, y Lote 8, al amparo del numeral 2 del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, que consagra el derecho a las poblaciones indígenas de percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir por el desarrollo de actividades extractivas que afecten sus territorios. Hoy exceleNTÍSIMO Señor Juez, requerimos a gritos su sentencia, ya nuestros pueblos indígenas tienen 43 años esperando ser compensados, no los defraude, hoy necesitamos de usted para reafirmar la justicia ambiental e indígena en el Perú.

Lima, 05 de febrero del 2015

Equipo Legal IDLADS-PERÚ
Henry Oleff Carhuatocto Sandoval
Karín Madeleine Paredes Jauler
Domenica Daniela Villena Delgado
Lilyan Magaly Delgadillo Hinojosa

EL LITIGIO ESTRATÉGICO EN EL PROCESO DE DESALOJO DE LOS INVASORES DEL SANTUARIO HISTÓRICO BOSQUE POMAC

Henry Carhuatoccto Sandoval
Presidente del Instituto IDLADS PERÚ

1. INTRODUCCIÓN

Soy de los que piensa como buen san marquino, que uno tiene el deber existencial de buscar su felicidad, pero en simultaneo, la obligación intergeneracional de construir un mundo mejor o rescatarlo, si se está perdiendo, y en última instancia, legar a los que vienen una sociedad superior a la que encontramos, y ello se llama: desarrollo sostenible. Ciertamente, en el camino a ello, uno puede no hacerlo bien desde el principio, producto de la pasión que te desborda, y la inexperiencia, pero si uno tiene claros sus principios y convicciones, y tiene mística, en las sumas y restas, siempre saldrá un saldo a favor de una conciencia tranquila y en paz, que hizo lo mejor que puedo, por uno mismo, los suyos, y los demás. Y así fue como inicie mi carrera como abogado, en el año 2003, entre empujones y vacilaciones laborales, me encontré con el apasionante mundo del Derecho Ambiental, y asumí como primer gran reto el plantear la estrategia legal para desalojar a los invasores de un espacio protegido emblemático en la Región Lambayeque: el mítico Bosque de Pómac, uno de los últimos bosques secos del planeta.

2. LA HISTORIA DE LA ESTRATEGIA LEGAL PARA EL DESALOJO DEL SANTURIO HISTORICO BOSQUE DE POMAC (SHBP)

El Santuario Histórico es un área natural protegida que tiene por objeto conservar la unidad paisajístico cultural que conforma el bosque de Pómac con el complejo arqueológico de Sicán; la calidad natural de la formación del bosque seco tropical y detener los procesos recambios irreversibles del ecosistema asegurando los usos compatibles con su conservación. El Santuario Histórico del Bosque de Pómac abarca una superficie de 5 887.38 ha que representa el 0.41% del área del departamento de Lambayeque, atravesada en su parte central por el río La Leche. El desalojo del Santuario Histórico Bosque de Pómac, ha sido el primer desalojo ambiental exitoso realizado en un área natural protegida, evitando su desaparición, sobre todo teniendo en cuenta que más del 60% del área natural protegida se encontraba invadida, sin embargo pocos conocen cual fue la estrategia legal que culmino salvando este patrimonio nacional, y cuáles fueron las dificultades legales, sobre todo teniendo en cuenta que los terrenos sobre los cuales se había establecido el área natural protegida no eran en un 90% de propiedad del Estado sino de un particular, que habiendo recaído sobre su predio este gravamen ambiental, que le impedía realizar actividades extractivas, por la calidad de intangible del santuario, carecía de interés para iniciar la acción legal de desalojo.

A inicios del 2004, agonizaba la Zona Reservada El Algarrobal El Moro de una extensión superior a las 360 hectáreas, creada mediante Decreto Supremo Nº 02-95-AG, y cuyo objeto era proteger los bosques naturales de algarrobos y la diversidad de especies silvestres que albergan, así como investigar y conservar los restos arqueológicos de las culturas Chimú y Moche que allí se encontraban, se encontraba invadida en casi un 90% por la Asociación de Pequeños Agricultores y Ganaderos del Algarrobal de Moro Eliseo Valle Caro que exigían la adjudicación de los territorios, a esa fecha absolutamente depredados y con unos pocos algarrobos en pie a los alrededores del

patrimonio cultural. Los propietarios de estos terrenos los señores Consuelo Aurora Gervasi Lanfranco Vda. de Aita, Giulio Ciriaco Martín Aita Gervasi y Demetrio José Alvarado Loyola, no tenían mayor interés en iniciar un proceso de desalojo, pues al haberse establecido la Zona Reservada su derecho de propiedad tenía como límite no afectar los objetos de conservación de conformidad con el artículo 5º de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, en consecuencia no podían desarrollar la empresa de su interés la agricultura, principal razón por la que adquirieron el terreno antes de que fuera declarada Zona Reservada. Finalmente, un equipo de técnicos encabezados por la Ingeniera Rosario Barreda en diciembre del 2005 concluye que la zona reservada había sido depredada completamente y había sido extintos todo valor biológico representativo del área, a consecuencia de ella se recomienda su desafectación la que se produce en el 2006 mediante el Decreto Supremo N° 006-2006-AG.

La pérdida de uno de los últimos bosques secos protegidos en La Libertad, nos hizo mirar en Lambayeque a una muestra representativo de valores biológicos y culturales similares, al otro gran bosque seco ubicado en la Reserva Arqueológica de Batán grande creada en 1984 y sobre la cual se había establecido Zona Reservada de Batán Grande, creada en 1991, mediante Decreto Supremo N° 031-91-ED, sobre una extensión de 13400 hectáreas, ubicadas en el distrito de Pitipo, provincia de Ferreñafe, región de Lambayeque. Esta extensión debido a las invasiones y la expansión urbana en el año 2001 fue reducida a solo 5,887.38 hectáreas mediante el Decreto Supremo N° 034-2001-AG y se categorizó en forma definitiva esta zona reservada como Santuario Histórico Bosque de Pómac (SHBP), en adelante Bosque de Pómac. Recordemos que el inciso a) del artículo 21º de la Ley de Áreas Naturales Protegidas establece que los santuarios históricos son áreas de uso indirecto donde no se permite la extracción de recursos naturales, así como modificaciones y transformaciones del ambiente natural. Por tanto esta área natural protegida es intangible cuya conservación y mantenimiento le corresponde al INRENA, a través de la Intendencia de Áreas Naturales Protegidas, hoy Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SERNANP) de conformidad el artículo 4º de la Ley de Áreas Naturales Protegidas.



En el año 2003, el Jefe del Área Natural Protegida, Aníbal Calderón Vargas, reporta una nueva y agresiva invasión al Bosque de Pómac, en las zonas del Palería, Las Salinas, Poma (Zona Arqueológica) y La Merced llevada a cabo por la Asociación Agropecuaria Santa Clara “A” La Palería, la Asociación, Asentamiento Rural Ganadero Agrícola “La Palería” y otros invasores no identificados y que se comprendía unas 1500 hectáreas, lo equivalente al 60% del área natural protegida.

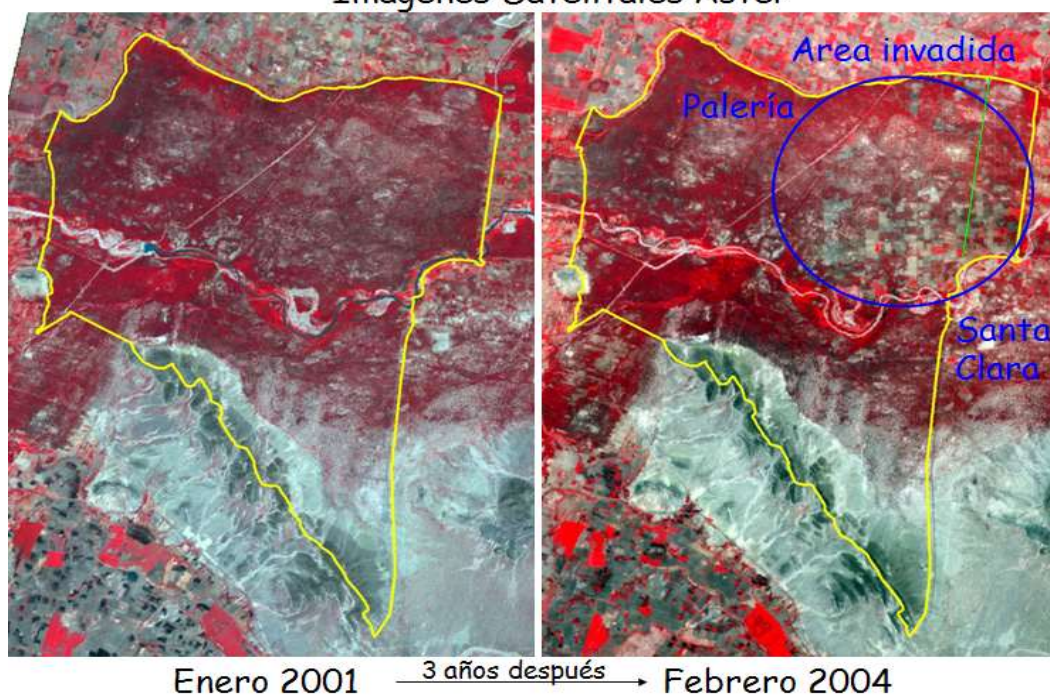
En Junio 2003 se organizó una intervención con la participación de la Fiscal Adjunta Carmen Julia Oliden, INRENA y 50 policías para decomisar una motobomba y un tractor, sin embargo una violenta y virulenta ofensiva armada organizada por los invasores hicieron retroceder a las autoridades. Luego de ello, un nueve de abril del 2004, nuevamente los invasores agreden a policías y guardaparques, y en ese año toman la comisaria ubicada en el Centro de Interpretación del Santuario Histórico de Pómac, y recuperan las motosierras que se había decomisado. En los años siguientes se reportarían agresiones con armas blancas a los guardaparques.

Sectores Invadidos e identificación de invasores

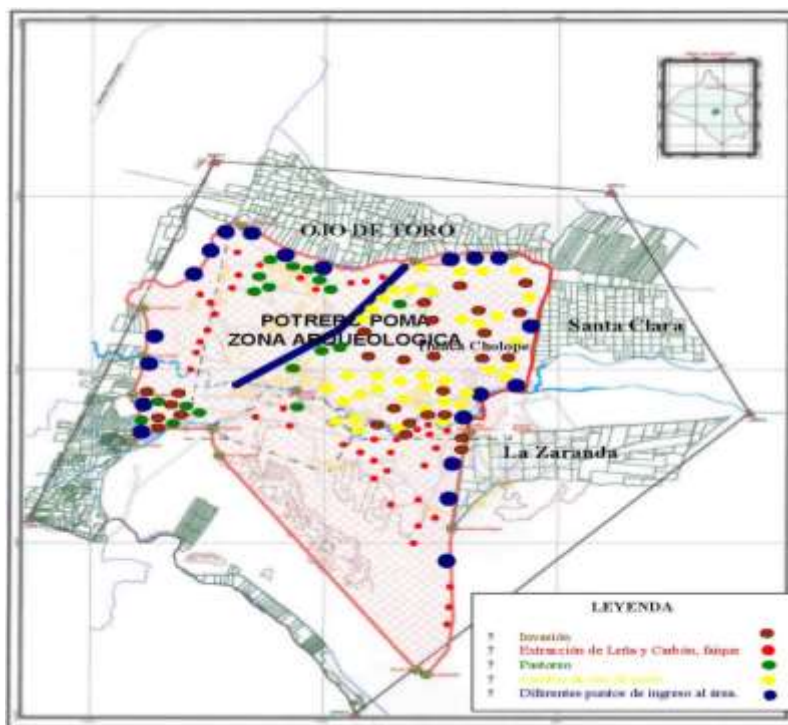
Principales Zonas Invasidas	Sector potrero Palería	Sector Pomac – Zona Arqueológica Batangrande
Denominación de invasores	Santa Clara “A” - Palería	Predio Palería
Ubicación y límites	Al este con el predio Santa Clara, al oeste con el portero Poma, al sur con el río la Leche y al norte con el predio Ojo de Toro	Al este con el cerco y trocha de Sta. Clara, al este con un canal revestido, al norte con Ojo de Toro y al sur con el río La Leche
Fecha de invasión	2001	2001
Procedencia de los invasores	Cutervo y Chota (Cajamarca)	Cutervo y Chota (Cajamarca)
Área invadida	235 Ha	1471.47 Ha
Área deforestada del área invadida	150 Ha	450 Ha
Número de casas	20 casas	100 casas
Grupo invasor	Asociación Agropecuaria Santa Clara “A” La Palería	Asentamiento Rural Ganadero Agrícola “La Palería”

Elaborada por Ing. Aníbal Calderón Vargas, Jefe del SHBP en el año 2003

Imágenes Satelitales Aster



Nuestra memoria nos recordaba que si no deteníamos la invasión, el Bosque de Pómac correría la misma trágica suerte que la Zona Reservada de Algarrobal El Moro, siendo por ironías del destino, casi los mismos objetos de conservación los que se protegían: los bosques secos y el patrimonio cultural, en este caso el complejo arqueológico de Sicán. Tengamos en cuenta que el 90% del territorio del área natural protegida era de propiedad de Agropecuaria Pucalá S.A.A. que en el año 2003, en que infructuosamente se buscó que la empresa sea parte del proceso de desalojo, en su calidad de propietario, los problemas con sus trabajadores, en huelga en aquellos días, hacían que el tema no sea de su interés.



La legitimación procesal es la facultad de poder actuar en el proceso, como actor, como demandado, como tercero o representante, si el propietario legitimado natural para interponer una acción de desalojo no quería realizarlo, solo quedaba buscar en la norma procesal a los otros legitimados para iniciar dicha acción. El artículo 586º del Código Procesal Civil establece que “pueden demandar esta acción el propietario, el arrendador, el administrador y todo aquel que, considere tener derecho a la restitución de un predio.” En ese contexto, nos tocaba demostrar que el INRENA tenía legitimidad para iniciar el desalojo como el administrador de las Áreas Naturales Protegidas, a través de la Intendencia de Áreas Naturales Protegidas y los jefes de las áreas naturales protegidas, nuestra base legal para ello fue la siguiente:

- a.) El inciso d) del artículo 8º de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, Ley N° 26834, y el inciso d) del artículo 6º de su Reglamento, Decreto Supremo N° 038-2001-AG, establece que el INRENA, hoy SERNANP, conduce la gestión de las áreas naturales protegidas de carácter nacional.
- b.) El inciso d) del artículo 23º del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, Decreto Supremo No 038-2001-AG, señala que Intendencia de Áreas Naturales Protegidas, hoy SERNANP, tiene entre sus funciones realizar la gestión eficiente de las áreas naturales protegidas y Asegurar el desarrollo y la actualización de los planes maestros respectivos.
- c.) El inciso a) del artículo 24º del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, Decreto Supremo N° 038-2001-AG, señala que el jefe del área natural protegida, conduce la administración, gestión, control y supervisión del área natural protegida.

En consecuencia INRENA, hoy SERNANP, como Administrador del Santuario Histórico Bosque de Pómac, tenía legítimo interés para iniciar el proceso de desalojo a tenor de lo dispuesto por el

artículo 586º del Código Procesal Civil, este mismo argumento puede actualmente utilizarlo el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado para reclamar legitimidad para obrar en los casos de invasiones de áreas naturales protegidas que no sean de propiedad del Estado sino de particulares.

Ya en el año 2003 se había recolectado toda la información catastral, registral, fotos satelitales, fotografías, y otros medios probatorios idóneos para la demanda de desalojo, todo ello acompañado de la titánica labor el Jefe del SHBP, Aníbal Calderón, quien había multiplicados sus esfuerzos y había conseguido poner en agenda del Presidente Regional de Lambayeque, Yehude Simón, quien el tres de agosto del 2003 celebra una reunión con los invasores del Bosque de Pómac y les promete reubicarlos si retiran pacíficamente, lamentablemente no aceptan el acuerdo. Otros actores sensibilizados por el Jefe del SHBP fueron el Alcalde de Ferreñafe, Juan Salazar, los Congresistas de la Subcomisión de Ecología del Congreso, especialmente Luis Humberto Flores Vásquez, y se recuerda también que en Cabildo abierto en la Municipalidad Distrital de Pitipo el veintiuno de noviembre del 2004 se puso el tema en agenda de esa municipalidad.

Recordemos que el Jefe del SHBP, Aníbal Calderón, neutralizó nuevas invasiones el veintidós de agosto del 2003, y el veintiuno de febrero del 2004 logrando desalojar 200 invasores en cada caso, con estas épicas batalla por la conservación, se ganó ya un espacio propio en la memoria del Bosque de Pómac. Pero el Ing. Calderón nunca se durmió en sus laureles, y organizo el tres de noviembre del 2004 la primera marcha cívica para salvar al Bosque de Pómac en la cual intervinieron 5000 personas, mayoritariamente niños, niñas y adolescentes de los colegios de Ferreñafe, quienes portaban carteles con dibujos alusivos al santuario histórico, así como autoridades locales, organizaciones sociales de base y los infaltables guardaparques voluntarios. Esta sería el punto de partida de una serie de marchas que se sucederían a la largo de los años 2004 al 2008, teniendo como escenarios, las inmediaciones de Juzgado Mixto de Ferreñafe de la Dra. Carmen Ravinez, de la Corte Superior de Lambayeque y del Palacio de Justicia en Lima, sede de la Corte Suprema, todo ello nos muestra claramente como la sociedad civil siguió cada instancia judicial del desalojo del Bosque de Pómac.

Este apoyo ayudo a superar una cuestiones políticas que obstaculizaron siempre los procesos judiciales de desalojo de 200 familias del Bosque de Pómac, traería posibles titulares que los políticos de entonces temían pues la victimización de estas “paupérrimas familias” bajarían sin duda sus réditos políticos e incluso algunos magistrados eran reacios a desalojar a estas personas de escasos recursos. Se debe mencionar que la gran invasión de Pómac y tráfico de tierras se produjo en la administración de David Roncal Santos,²¹⁹ que omitió denunciar a los invasores, y también que muchos de los invasores contaban con mototaxis, motosierras, motobombas y tenían su domicilio real en Chota, Cajamarca, siendo el resto de personas gente pobre estafada o engañada por los traficantes de tierra que les habían hecho creer que estaban fuera del área natural protegida.

Una acción judicial de desalojo para los que litigan es una cuestión de mero trámite sin embargo, la Dra. Elvira Rojas Senmache, en el año 2004, cuando se desempeñaba como Juez Especializada

²¹⁹ El 12.03.04, la Procuraduría del Ministerio de Agricultura denunció a David Roncal por los delitos de Usurpación de Funciones, Peculado, y Falsificación de documentos como consta en el Expediente Penal 2004-366 (Ferreñafe).

Civil de Ferreñafe, se encargó de hacerla difícil, y declaro inadmisibile la demanda de Desalojo sin causa aparente. Más adelante, se evidenciaría la razón real cuando el trece de julio del 2004, esta vez en su calidad de Jueza Especializada en lo Penal de Ferreñafe emitió auto de inhibición en un proceso penal de usurpación (Exp. Nº 519-2001) donde intervenía su esposo en defensa de los depredadores del santuario. Otra perla más la encontramos en el propio proceso penal antes mencionado en donde los peritos del Poder Judicial, emitieron un dictamen señalando que debido a la posesión pacífica que viene ejerciendo sobre el área usurpada, debe modificarse los linderos del Santuario Histórico Bosque de Pómac, ante tal hecho ilegal la Procuraduría del Ministerio de Agricultura interpuso tacha contra dicho medio probatorio.

El veintiséis de mayo del 2004, nuevamente se presenta la demanda de desalojo contra los invasores, esto es la Asociación Agropecuaria Santa Clara "A" La Palería, el Asentamiento Rural Ganadero Agrícola "La Palería" y otros no identificados, asignándole el número de Expediente 2004-0269, teniendo que hacer frente a la excepción de Litispendencia, interpuesta por el demandado debido a la existencia de un proceso penal de usurpación, y teniendo la diligencia de solicitar al Juzgado designe al curador procesal que represente a los demandados invasores no identificados y que ocupen el predio materia de la litis función que recayó en la abogada Dora Maybeeth Olivo Velásquez. Una de las autoridades locales, clave en el desarrollo del proceso de desalojo fue la Fiscal Provincial Adjunta de Ferreñafe, Carmen Julia Palmer Oliden que ingresa al proceso como litisconsorte, un acto sin precedentes en este tipo de casos pero procesalmente factible.

La estrategia legal para desalojar a los invasores del Santuario Histórico Bosque de Pómac que planteamos en el año 2004 fue la siguiente:

- Efectuar el seguimiento del Delito de Usurpación, iniciado en el 2001, contra Andrés Santos Llaguento, Presidente de la Asociación Asentamiento Rural Ganadero Agrícola " La Palería" del Predio Batangrande, teniendo en cuenta la experiencia en el Parque Nacional de Huascarán y la Comunidad de Catac en donde en un proceso de usurpación se ordenó el desalojo.
- Iniciar un proceso de desalojo; lo que se materializo en mayo de 2004 con el Expediente 2004-0269, cuyo era que desocupen el área natural protegida.
- Iniciar un proceso por responsabilidad civil por daño ambiental, demanda que fue admitida el Juzgado Mixto de Ferreñafe un seis de octubre del 2004 conforme consta en el Expediente No 383-2004, en el que las partes eran Juan José Salazar García-Alcalde del Municipio de Ferreñafe y el Ing. Aníbal Calderón Vargas, Jefe del Santuario Histórico Bosque de Pómac, y los demandados eran las Asociaciones Agropecuarias Santa Clara "A" Palería Batangrande y Asentamiento Rural y Ganadero Agrícola La Palería del predio Batangrande cuyo objeto era que paren la depredación y continúen avanzando en la invasión, una hazaña, si se tiene en cuenta que aún no estaba vigente la Ley General del Ambiente, que regula dicha institución.
- Solicitar una medida cautelar de no innovar en el proceso por responsabilidad civil por daño ambiental, la que se concede mediante la Resolución Número 02 de fecha diez de noviembre del 2004 conforme consta en el Cuaderno Cautelar del Expediente N° 2004-383-01.
- Iniciar un proceso de disolución de asociaciones por atentar contra el orden público.

- Efectuar el seguimiento a los más de 300 procesos penales por delitos ecológicos que existían en Ferreñafe en los que el afectado era el Santuario Histórico Bosque de Pómac que Segundo Román Villegas haría diligentemente.



Aníbal Calderón Vargas, en su gestión, aseguro la defensa legal del Santuario Histórico Bosque de Pómac, cuando contrato los servicios de un tenaz abogado Segundo Román Villegas, su temperamento y el apoyo de la Fiscal Provincial Adjunta de Ferreñafe, Carmen Palmer Oliden serían claves no solo en los años 2004 y 2006, sino sobre cuando en febrero del 2006, luego de liderar el equipo legal que se encargó de obtener la sentencia de primera instancia favorable, compuesto por Rosa Llerena y Segundo Villegas, parto de INRENA, y el mismo equipo consolida la victoria de este proceso de desalojo en Segunda Instancia y en sede Casatoria (Casación N° 1809-2006 del 18 de diciembre del 2007).

La historia de la conservación en el siglo XXI, tendrá un lugar reservado para los más acérrimos defensores del Bosque de Pómac el Ing. Aníbal Calderón como Jefe del ANP, y los que le sucedieron en el cargo Dante Alemán y Vicente Cortez, la Ing. Rosario Barrera Cáceres, como coordinadora del ANP y luego Directora de Operaciones, así como Jeff Pradell Cáceres que desde el año 2004 hasta la actualidad viene liderando la conservación del ANP. Empero, el único defensor en estricto del Complejo Arqueológico de Sicán fue el actual Director del Museo de Sicán, Carlos Elera Arévalo, quien por vocación, no solo se incorpora como litisconsorte necesario activo

al proceso de desalojo, y se hace decisivo a la hora del dictamen arqueológico sino porque se constituye en uno de los mejores organizadores de marchas y comitivas ante las autoridades locales, regionales y nacionales.

Este no es el primer desalojo de áreas naturales protegidas que se gana, ya en el año 2004, se contaba con un desalojo (Exp. N° 2003-33) ganado en todas sus instancias a favor del Santuario Histórico de Chacamarca y en que se ordenaba que la CAP San Francisco de Chichausiri desaloje el área natural protegida. Empero, las presiones políticas del gobierno de entonces impidieron su oportuna ejecución.

Lo destacable del proceso de desalojo del Santuario Nacional Bosque de Pómac, es se constituye en el antecedente de lo que podría ser un proceso de desalojo ambiental con reglas propias, y dirigido no solo a desocupar un predio sino fundamentalmente a preservar el ambiente natural. Un proceso de esta naturaleza implicaría la admisión de un interés difuso y que pueda ser interpuesto por cualquier persona con interés en la defensa de un área natural protegida, rebasando con ello la legitimidad contemplada por el artículo 586º del Código Procesal Civil que solo contempla como parte activa al propietario, el arrendador, el administrador y todo aquel que, considere tener derecho a la restitución de un predio. Esta construcción teórica a diferencia de muchas no nace en una universidad o en la mente de un jurista sino de la propia realidad social, que se plasma en actores sociales comprometido con la conservación de un área natural protegida, en este caso: el Ministerio Público, representado por Carmen Palmer, la Municipalidad Distrital de Pitipo, representada por su Alcalde Manuel Valverde, la Municipalidad Provincial de Ferreñafe, representada por su Alcalde Juan Salazar García, y la Dirección Nacional del Museo de Sican en la persona de Carlos Elera que fueron integrados al proceso como litis consortes activos, en la medida y en razón a que el desenlace del proceso los afectaría inexorablemente por tener interés en la conservación del Santuario Histórico Bosque de Pomac. Sin duda nada de ello hubiera sido posible la jefatura del ANP no hubiera sensibilizado a sus autoridades locales.

En el fondo un proceso de desalojo ambiental con este tipo de legitimidad ampliada nace de la concordancia del artículo 82º con el artículo 586º del Código Procesal Civil, de los cuales se desprende que puede iniciar un proceso de desalojo en un área natural protegida el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas y/o las Comunidades Nativas en la medida que esta es una forma del medio ambiente o de bienes o valores culturales, y que con esta acción se busca evitar un daño al ambiente o el patrimonio. Y claro, es evidente que el desalojo de un área natural protegida cuya categoría implica intangibilidad implica la desocupación del mismo por parte de los invasores. Sin embargo, la legitimidad para obrar consideramos es más amplia si partimos del artículo III del derogado Código del Ambiente que establecía que “toda persona tiene derecho a exigir una acción rápida y efectiva ante la justicia en defensa del medio ambiente y de los recursos naturales y culturales” y de la propia Ley General del Ambiente, artículo IV, que establece que “toda persona tiene el derecho a una acción rápida, sencilla y efectiva, ante las entidades administrativas y jurisdiccionales, en defensa del ambiente y de sus componentes, velando por la debida protección de la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, así como la conservación del patrimonio cultural vinculado a aquellos.” Este razonamiento justamente fue el que sustentó el ingreso al proceso de desalojo de Pomac de las autoridades locales, y en el que se basó la jueza Carmen Ravenez en la sentencia de primera instancia.

Este avance en la legitimidad para obrar en temas ambientales, lamentablemente ha sido empeñado por el Primer Pleno Casatorio Civil que circunscribe únicamente la legitimidad para obrar por daño ambiental en las personas jurídicas enumeradas en el artículo 84º del Código Procesal Civil, olvidando que tanto el Código del Medio Ambiente (1990) en su artículo III del Título Preliminar como la actual Ley General del Ambiente (2005) en su artículo IV del Título Preliminar y directamente en el artículo 143º referido a la responsabilidad por daño ambiental otorgan legitimidad para obrar a cualquier persona. Ambas regulaciones específicas, una derogada pero aplicable al caso resulto por la Casación Nº 1465-2007-Cajamarca, por el año en que se produjo el daño ambiental (2000), y otra vigente, ni siquiera han sido mencionadas al menos para justificar su inaplicación. Aquí debió considerarse las mencionadas normas ambientales que otorgan legitimidad para obrar a cualquier afectado por daño ambiental o incluso un tercero sin interés económico a interponer una acción por daño ambiental, aun no recayendo en el mismo la calidad de las instituciones mencionadas en el artículo 84º del Código Procesal Civil (tanto en su versión original como modificada). Es una monstruosidad procesal negativa el limitar a las personas que pueden interponer una acción civil en defensa del ambiente solamente basado en la mencionada en el artículo 84º mencionado, sin merituar lo mencionado por otras normas procesales especiales al caso concreto como la Ley General del Ambiente y la propia doctrina imperante. Las consecuencias de dicha interpretación atentan contra el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pues impiden al justiciable acudir al poder judicial a reclamar una reparación por daño ambiental o la defensa del ambiente a favor de su comunidad.

3. EL COLOFON: LA CLAVE DEL DESALOJO

El proceso de desalojo de Pómac nos lega grandes lecciones para la conservación de un área natural protegida: **a)** el necesario involucramiento en los procesos judiciales ambientales de la población local, regional y nacional sobre los problemas del área natural protegida es fundamental para ganar legitimidad social en el lanzamiento de los invasores, evitando que por cuestiones políticas se evite el desalojo, **c)** la sensibilización de autoridades locales y regionales tales como alcaldes, gobernadores, fiscales, jueces, entre otros es clave para el éxito de la ejecución de la sentencia, **d)** la socialización del problema entre autoridades y sociedad civil, permite la identificación de estos con el proceso judicial (que se ha), y se permita culminar el desalojo, asegurando no solamente la logística que implica las diligencias de este litigio, sino haciendo llegar el tema hacia esferas políticas como la Presidencia del Consejo de Ministros y el Ministerio del Interior, para que el lanzamiento se encuentre asegurado.



La virtud de este proceso de desalojo, que llegó buen término, a diferencia de otros, fue el manejo del problema entre la jefatura del Área Natural Protegida, el Director del Museo de Sicán y el propio Servicio de Áreas Naturales Protegidas por el Estado –SERNANP, por entonces solo Intendencia, que permitió la socialización y sensibilización en todos los niveles, sociedad civil, autoridades locales, regionales y nacionales. Producto de ello hoy se pueden contar el anécdota de la diligencia de Actuación de Pruebas, donde la Jueza tenía frente a su Juzgado, un plantón conformado por niños, niñas, adolescentes, jóvenes, madres, profesores, enfermeras, organizaciones sociales y funcionarios locales. En plena audiencia se escuchaban los gritos y bombos bajo la arenga ***“Salvemos al Bosque de Pómac”*** impedían iniciar la diligencia, y cuando estaba a punto de suspenderse ingresa, un sequito de actores representando al Señor de Sicán, le recito un poema y terminó diciendo: ***“Señora jueza está en sus manos salvar el Santuario Histórico Bosque de Pómac, mi hogar ancestral.”*** Definitivamente, la sociedad civil fue el mejor complemento de una defensa legal acertada, y considero que fue el factor desequilibrante evito que el proceso judicial se prolongue por más años, y que colguemos en la pared como recuerdo una sentencia inejecutable y muerta en vida, haciendo la presión necesaria a los líderes políticos para que apoyen el desalojo y salven el santuario del olvido y la depredación.²²⁰

Lima, 08 de febrero del 2015

²²⁰ Este artículo está dedicado a Pilar Camero, Rosario Barreda, Julio Merodio, Alberto Barandiaran, y Jeff Pradell que me dieron la confianza y todo el apoyo que necesitaba en los años 2003-2006 en que estuvo a mi cargo este proceso.

LA ACCIÓN POPULAR QUE OBLIGA AL ESTADO A PROTEGER SU PATRIMONIO CULTURAL

- Adiós al Silencio Positivo para el otorgamiento de Certificados de Inexistencia de Restos Arqueológicos (CIRA) y la aprobación de Planes de Monitoreo Arqueológico -

Henry Carhuatocto Sandoval (*)

I. INTRODUCCIÓN

Los recientes procesos de flexibilización ambiental en nuestro país para atraer mayores inversiones privadas a toda costa y costo, son en realidad procesos de transgresión al principio de prohibición de regresión en estándares sociales y ambientales que han adquirido la naturaleza de firmes y sean legitimado en nuestra sociedad a la luz del célebre principio de progresividad de derechos humanos, debido al cual no deberíamos permitir que se disminuya ese piso mínimo de protección legal a los mismos, y allí posiblemente radique su inconstitucionalidad al constituir un auténtico retroceso en los derechos sociales y ambientales ya adquiridos y conquistados. El Gobierno Peruano ha venido en los últimos cuatro (04) años flexibilizando la normatividad ambiental con el objeto de facilitar las inversiones en el Perú específicamente en el Sector de Energía y Minas, así como Telecomunicaciones como se puede observar en la aprobación del Decreto Supremo No 054-2013-PCM en donde se aplica silencio administrativo positivo para el patrimonio cultural, si transcurrido un plazo de veinte (20) días de inacción del Estado, se entiende por aprobada la Certificación de Inexistencia de Restos Arqueológicos y el Plan de Monitoreo Arqueológico, y no olvidemos de mencionar a la Ley No 30228, que para asuntos ambientales como es la instalación de las antenas de telefonía consagra la aprobación automática para el permiso respectivo, ambas normas contraviniendo el numeral 22 del artículo 2º de la Constitución Política, esto es la protección del derecho a un ambiente sano y equilibrado. En ese contexto, el Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible- IDLADS-PERÚ el 12 de Julio del 2013 interpuso una Acción Popular contra el Decreto Supremo N° 054-2013-PCM, que luego de un (1) año y cinco (5) meses ha dado frutos y ha declarado sin efecto el Artículo 2 del citado dispositivo, y el presente texto analizaremos el impacto de esta decisión.

II. ANALISIS

El Decreto Supremo No 054-2013-PCM fue publicado el día 16 de mayo del 2013, el cual regula los procedimientos administrativos de autorizaciones y/o certificaciones para los proyectos de inversiones con especial énfasis en los del sector de energía y minas. El espíritu de la norma es dar mayor celeridad a los procedimientos administrativos del sector ambiente y cultura, y en teoría generar menores costos de transacción y tiempo, reglamentada posteriormente mediante Resolución Vice Ministerial N° 037-2013-VMPCIC-MC. El tema de mayor relevancia sin duda fue el procedimiento de obtención del Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos-CIRA donde se plantea que una vez presentada la solicitud ante la Dirección de Arqueología del Ministerio de Cultura o las Direcciones Regionales de Cultura se deben emitir dicho certificado en un plazo no mayor de veinte (20) días hábiles, si no lo hicieran se aplica silencio administrativo positivo, esto es que para un asunto de interés público como es el patrimonio cultural, el simple transcurso del tiempo se convierte en autorización automática para iniciar actividades cuando la regla en el Derecho Administrativo siempre ha sido que para asunto de interés social o general en caso de

ausencia de pronunciamiento administrativo siempre se aplique el silencio negativo como se observa en el Artículo 34.1.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley No 27444. Por otra parte, en caso existan restos arqueológicos, el titular del proyecto de inversión deberá presentar un Plan de Monitoreo Arqueológico, el cual debe ser aprobado, según sea el caso, por las mencionadas entidades, dentro de un plazo no mayor de diez (10) días hábiles. Igualmente, increíblemente si la autoridad no se pronuncia (por desidia o inacción) se tiene por aprobado el plan. De esta forma se flexibiliza los trámites administrativos del sector cultura en pos de brindar las mayores facilidades al inversionista en detrimento de nuestro legado nacional, lo cual afecta sin duda, el derecho a la identidad étnica y cultural, y la memoria nacional, y por ello no son pocas, las organizaciones que han levantado su voz de protesta por tamaña arbitrariedad. Si la obtención del CIRA no garantiza la realización de los estudios y las verificaciones técnicas para determinar la existencia de los restos arqueológicos y las medidas que garanticen su protección durante la ejecución en el proyecto es evidente que estaríamos arriesgando nuestro patrimonio cultural, y nuestro Estado estaría abdicando a su deber de guardián y custodio de nuestro legado histórico. Se presume erróneamente que la demora en las evaluaciones y aprobación del CIRA es la causante del retraso de proyectos del sector de energía y minas, que por tanto son trámites burocráticos, no importantes, que son necesarios agilizar mediante la aplicación del Silencio Positivo, craso error, porque lo que es objeto del procedimiento administrativo es de interés nacional.

Reducir plazos para que el Ministerio de Cultura realice esa labor en solo 20 días hábiles, sin haber cambiado sus condiciones institucionales como contratando mayor personal, y no haber considerado el tiempo razonable que supone recoger y verificar en campo la información arqueológica del caso, es forzarlo a que actúe de manera poco diligente y aumente exponencialmente los supuestos de negligencia de la administración pública, especialmente al haberse agravado las sanciones por demora en los procedimientos administrativos. Es por ello que en su momento el IDLADS-PERÚ interpuso una Acción Popular contra el Decreto Supremo N° 054-2013-PCM con el objeto de que se deje sin efecto el artículo 2° de la citada norma, por considerar que la misma es inconstitucional e ilegal por contravenir el numeral 2 del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Resolución Legislativa N° 26253, y los numerales 19 y 22 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, así como los artículos 34.1.1 de la Ley 27446 Ley General del Procedimiento Administrativo; y la Primera Disposición Transitoria Complementaria Final de la Ley del Silencio Administrativo N° 29060. Resulta contradictorio que nuestro Estado al ser parte de la “Convención de la Organización de Estados Americanos sobre Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas” (Convención de San Salvador), desconozca su obligación de proteger el Patrimonio Cultural y en palabras del considerando Octavo de la Sentencia de la citada Acción Popular N° 000493-2013-0-1801-JR-CI-02: *“Queda claro que el Estado Peruano no puede emitir ninguna normativa que contravenga los compromisos internacionales que ha adoptado concerniente a la protección, conservación y vigilancia, entre otras cosas, el Patrimonio Cultural, entre ellos, los yacimientos y restos arqueológicos y demás bienes históricos, culturales que provengan de culturas anteriores al contacto con el mundo Europeo. Dicha obligación impide que se lleven adelante proyectos de inversión (Bien Jurídico Patrimonial) el lugar donde potencialmente pudieran existir yacimientos o restos arqueológicos (Bien Jurídico Histórico Cultural)”*.

Felizmente la Acción Popular que dejó sin efecto el citado dispositivo ha sentado un precedente fundamental ninguna reactivación del desarrollo económico y las inversiones justifican desproteger Al Patrimonio Cultural puesto que como bien lo señala el Décimo considerando de la

Sentencia: *“El Estado se encuentra obligado a preservar el Patrimonio Cultural de la Nación (...) y el Tribunal Constitucional en la STC. N° 4677-2004-AA señaló que no puede haber la menor duda de la necesidad de brindar a nuestro Patrimonio Cultural (material e inmaterial) la máxima protección necesaria (...), y que se advierte que el inciso 2.1 del Decreto Supremo 054-2013-PCM permite que (sin conocerse a ciencia cierta, si se va a perder o no un Yacimiento o Restos Arqueológicos), se emita de forma ficta el Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos- CIRA, por la sola omisión (20 día hábiles) de la autoridad competente (Dirección de Arqueología o las Direcciones Regionales de Cultura), para determinar si en el lugar donde se pretende realizar el proyecto de inversión, hay o no bienes históricos culturales de tal valía”*. En otras palabras, se exige una debida motivación y fundamentación del Estado para poder otorgar autorización a las inversiones mineras y energéticas, y garantizar que dichas colosales actividades económicas no vulneren el Patrimonio Cultural, siendo inconstitucional pretender aplicar Silencio Positivo para estos casos.

Por otra parte la Sentencia se escandaliza cuando se hace evidente que las puertas abiertas al inversionista minero y energético no escatima en derribar salvaguardas culturales, en sus palabras: *“de igual modo, (...), nuevamente permite que luego de la emisión del CIRA, el administrado pueda obtener la aprobación del Plan de Monitoreo Arqueológico, por la sola inacción de la autoridad competente (Dirección de Arqueología o las Direcciones Regionales de Cultura) en el plazo de diez (10) días hábiles”*. Añade: *“De la misma forma, consiente que en los caso de proyectos que se ejecuten sobre infraestructura preexistente, en los cuales no será necesaria tramitación del CIRA, el administrado pueda obtener aprobación del Plan de Monitoreo Arqueológico, ante la omisión de la Dirección de Arqueología o las Direcciones Regionales de Cultura, en plazo de diez (10) días hábiles”*. Por tanto, deja constancia que la inacción del Estado y su abandono de su rol de guardián del Patrimonio Cultural frente a las inversiones del sector de energía y minas, no puede ser tolerada y, resulta necesario corregirla, cerrando esta fisura en las salvaguardas culturales, y declarándola inconstitucional.

Finalmente, en magnífica conclusión, el Décimo Primer considerando de la Sentencia sostiene: *“Que se puede apreciar que esta Normativa Reglamentaria viola de modo fragante nuestra norma constitucional (Artículo 21) y el compromiso internacional adoptado por el Estado Peruano de proteger el Patrimonio Cultural Prehispánico (Convención del San Salvador), ya lejos de protegerlo, exigiendo que se determine con certeza si habrá o no un peligro o daño a los yacimientos y/o restos arqueológicos por causa de la realización de un proyecto de inversión, permite que ante la omisión de la autoridad competente (Dirección de Arqueología o las Direcciones Regionales de Cultura) , se coloque en un estado de eminente peligro, en aplicación del Principio de Celeridad”, y luego pasa a declarar fundada la Demanda y dejar sin efecto el Artículo 2 del Decreto Supremo 054-2013-PCM. Una victoria histórica frente a la flexibilización ambiental que debe abrir la senda hacia otros Procesos Constitucionales que revisen la constitucionalidad de normas que debilitan la institucionalidad ambiental como son: el Decreto Supremo 060-2013-PCM contra la cual el IDLADS-PERÚ ha interpuesto una Acción Popular, o la Acción de Inconstitucional contra la Ley N° 30 230 comúnmente conocida como el “Paquetazo Ambiental” interpuesta por el Gobierno Regional de San Martín.*

Lima, 08 de febrero del 2015

EQUIPO LEGAL DE IDLADS PERÚ



Henry Oleff Carhuatocto Sandoval, Lilyan Magaly Delgadillo Hinostroza, Daniela Domenica Villena Delgado, Carla Virginia Rodriguez Lázaro, Karin Madeleine Paredes Jauler, Manuel Sandoval Heredia, Yhohana Carhuatocto Sandoval & Ronald Vásquez Sánchez



Con el Apoyo de:

